

Dr. J. C. Gensler's,

weil. Geh. Justizraths und ordentl. öffentl. Lehrers der Rechte
zu Heidelberg,

A n l e i t u n g

zur

gerichtlichen Praxis

in

bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten:

verbunden mit theoretischen Darstellungen
und Bemerkungen.

Zweiter, specieller Theil:

herausgegeben

vom

Professor Dr. Carl Eduard Morstadt:

beider Rechte u. der Staatswirthschaft Hochschul-Lehrer
in Heidelberg.

H e i d e l b e r g,

im Verlage bei Joseph Engelmann.

1 8 2 5.

Vorrede des Herausgebers.

Seit dem Eintritte der jüngsten und glänzendsten Periode unserer gemeindeutschen Civilproceßtheorie: einem Zeitraume, dessen Epoche durch die Namen v. *Grolman*, v. *Gönner*, und v. *Almendingen*, bezeichnet werden muß, war meines Amtsvorfahrers, *J. C. Gensler*, Anleitung zur Civilproceßpraxis die erste und einzige Erscheinung ihrer Art. Schon deßhalb mußte sie eine sehr erfreuliche seyn. Dazu kam aber noch der weitere Empfehlunggrund, daß sie, mit allen ähnlichen Arbeiten der früheren Periode — namentlich mit *Claproth's*, *Mereau's* und *Oeltze's* Leitfäden — verglichen, überhaupt die erschöpfendste, sorgsamste und vollständigste, zu werden, versprach.

Diese Hoffnung ist nun zwar durch des Verfassers Hintritt, in Absicht des speciellen Theiles, gewissermaßen getäuscht worden. Was ich dem juristischen Publicum

hier übergebe, ist, auf der einen Seite, allerdings nur der Zettel zu dem Gewebe, welches *Gensler* selber, als zweite Hälfte seines Buches, in die Welt geschickt haben würde. Sein, hier fehlender, Eintrag wäre sicherlich in einer Menge von rechtfertigenden, erklärenden und litterarischen, Noten, so wie auch in einer gröfseren Zahl von beispielsweisen Formeln, bestanden. Auf der anderen Seite wäre der Verfasser ebenso gewifs die Anleitung zur summarischen Procedur, zum Executionsverfahren und zum Interveniren, nicht schuldig geblieben; während man, in denen hier vorliegenden Bogen, von allem Diesem, blofs eine Anweisung zum Abfassen der Locations-sentenz im Gantprocesse, findet.

Gleichwohl aber schmeichle ich mir, schon durch die Bekanntmachung dieses Zettels einigen Dank verdient zu haben. Es besteht dieser Grundrifs in denjenigen Sätzen, welche mein verewigter Collega, noch unmittelbar vor seinem Tode, den Theilnehmern seines *collegium practicum* über den Civilprocefs, mit scrupulösester Sorgfalt, in die Feder dictirt hat; und angehängt habe ich, — weil denn doch der erste Band auch eine Generaleinleitung zur *Civilreferrirkunst* enthält, — eine, in gleicher Art, *dictando* mitge-

theilte Specialanleitung zum Vortrag über Civilproceß-acten. Der Sachkenner wird darin durchgängig die Theorie von *Gensler* streng durchgeführt finden, und nirgends dessen charakteristisches Streben nach Allverständlichkeit vermissen.

Am Texte selber habe ich mir durchaus keine andere als stylistische und verbale Aenderungen erlaubt; und der Sprachkenner dürfte mich darum schwerlich tadeln.*) Die, zum Theil, schon aus meiner *Materialkritik* von Martin's Lehrbuch bekannten, Abweichungen meiner *Theorie* aber, sind in den Noten ausgesprochen, oder wenigstens angedeutet: eine Maafsregel, wozu mich das Bedürfnis genöthigt, dieses Werk, vor der Hand noch, meinem eigenen collegio practico über die Civilgerichts-procedur zu Grunde zu legen. Sind Einige dieser Glossen etwas bitter und schneidend ausgefallen, so liegt die Erklärung, wie die Entschuldigung, davon in dem Umstande, daß auch *Gensler*, gleich wie *Martin*, ein

*) Um dies allgemein fühlbar zu machen, habe ich Gensler's eigenthümlichstes Idiom: das Wort „zwecklich“ (statt: „zweckmässig“), stehen lassen: weil dasselbe, unserem Sprachorganismus zufolge, offenbar das *Gegentheil* von Dem sagt, was es sagen will.

abgesagter Feind aller Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Rechtspflege, folglich, in meinen Augen, ein — wennauch redlicher — Bekämpfer eines der fundamentalsten und unerläßlichsten Elemente unserer Nationalvervollkommnung, war.

Heidelberg, den 27. März, 1825.

Morstadt.

I n h a l t.

Abschnitt I.

Vorbereitender Theil des ordentlichen Civilprocesses.

	Seite
§. 72. Einfache oder nichtcumulative Klagschrift -- --	3
§. 73. Klagehäufungen oder Klagecumulationen -- --	6
§. 74. Decret auf die Klage -- -- -- -- -- --	9
§. 75. Vom Exceptionslibelle -- -- -- -- -- --	9
§. 76. Das richterliche Decret auf die Exceptionshandlung	14
§. 77. Replik - oder Behauptungsschrift -- -- -- --	15
§. 78. Decret auf den Repliklibell -- -- -- --	18
§. 79. Duplik - oder Widerlegungsschrift -- -- -- --	18
§. 78b. Dupliksschrift des Wiederbeklagten -- -- -- --	22
§. 79b. Erstes Erkenntniß, oder Sentenz nach geschlosse- nem erstem Verfahren -- -- -- -- -- --	22

Abschnitt II.

Beweisinstanz des ordentlichen Processes.

§. 80. Ueber das Beweisantrittsstadium des ordentlichen Processes, im Allgemeinen -- -- -- -- --	32
§. 81. Ueber articulirte und nichtarticulirte Beweisantretung	33
§. 82. Beweisantritt durch Eideszuschub -- -- -- --	36
§. 83. Beweisantritt durch Augenscheins-Einnahme-Ge- such oder durch Expertise-Nachsichtung --	37
§. 84. Cumulative Beweisantretung -- -- -- -- --	38
§. 85. Zeugenbeweisantritt -- -- -- -- -- --	39
§. 86. Vom Präsentationsschreiben: besonders von der deno- minatio und dem directorio testium -- -- --	44
§. 87. Fortsetzung -- -- -- -- -- -- -- --	45
§. 88. Von den Fragstücken -- -- -- -- -- --	46
§. 89. Cumulativer Beweisantritt in Artikelform -- --	49
§. 90. Productionsverfahren -- -- -- -- -- --	51
§. 91. Verhandlung über die Beweiseinreden. (Beweisreplik)	53

VIII

§. 92.	Fortsetzung (Beweisduplik)	-- -- -- -- --	54
§. 93.	Anleitung zum Abfassen des Zeugenrotuls	-- --	54
§. 94.	Vom Productionslibell	-- -- -- -- --	54
§. 95.	Hauptverfahren	-- -- -- -- --	55
§. 96.	Impugnationslibell	-- -- -- -- --	57
§. 97.	Salvationsschrift	-- -- -- -- --	59
§. 98.	Verknüpfung der Salvation mit der Impugnation	--	62
§. 99.	Salvation und Impugnation, in umgekehrter Reihenfolge		63
§. 100.	Replik und Duplik im Hauptverfahren	-- -- --	64
§. 101.	Enderkenntnis oder Definitivsentenz	-- -- --	64
§. 102.	Entscheidungsgründe des Endurtheils	-- -- --	66

Abschnitt III.

Rechtsmittelinstanz.

§. 103.	Gerichtliche Rechtsmitteleinwendung	-- -- --	66
§. 104.	Aussergerichtliche Rechtsmitteleinwendung	-- --	69
§. 105.	Rechtsmittelrechtfertigung	-- -- -- -- --	69
§. 106.	Decrete und Erkenntnisse in der Rechtsmittelinstanz		74

Erster Anhang.

§. 107.	Locationserkenntnis im Gantprocesse	-- -- --	76
---------	-------------------------------------	----------	----

Zweiter Anhang.

§. 108.	Anleitung zum Zeugenverhör und zum Abfassen eines Zeugenrotulus	-- -- -- -- --	80
---------	---	----------------	----

Specialanleitung zur Civilreferirrkunst.

§. 109.	Schema einer Relation über das erste Verfahren		89
§. 110.	Schema der methodischen Relation aus dem ersten Verfahren	-- -- -- -- --	90
§. 111.	Relation, wann im ersten Verfahren der Beweis anticipirt ist	-- -- -- -- --	91
§. 112.	Relation über den, durch ein Zwischendecret, auferlegten und hierauf angetretenen Beweis	-- --	95
§. 113.	Relation in der Rechtsmittelinstanz	-- -- --	98
§. 114—122.	Extracte und Relationen aus Civilacten	--	101

Zweiter
besonderer Theil:
die
Civilreferirkunst
miteingeschlossen.

A b s c h n i t t I.

Vorbereitender Theil des ordentlichen Civilprocesses.

§. 72.

Einfache oder nichtcumulative Klagschrift.

Der innere Bau einer Civilklage ist folgender:

1) die Geschichtserzählung. Man fertige sie trocken, nach den Regeln des §. 25 bis 35. Ihre Kürze oder Länge hängt ab von den wesentlichen Thatsachen, welche das durch die Klage verfolgte, in dem Klaggesuche ausgesprochene, Recht des Klägers, und die gegenüberstehende Verbindlichkeit des Beklagten, gesetzlich begründen. Zugleich aber muß die Geschichtserzählung auch enthalten:

a) diejenigen Thatsachen, welche den Kläger als den rechten Kläger, und den Beklagten als den rechten Beklagten, bezeichnen. Mit andern Worten: die Grundzüge der Aktiv- und Passiv-Legitimation.

b) Diejenigen Facta wodurch besondere Nebengesuche begründet werden sollen, z. B. Zinsen (respective die Mora, respective den Vertrag, *pactum feneratitium*.) Wesentlich heißt hier jede Thatsache, welche, wenn sie schon jetzt als wahr vorläge, oder annoch erwiesen würde, den Richter von der Rechtlichkeit aller Theile des Klaggesuches überzeugt; deren Nichtdaseyn und Nichtbeweis hingegen ihn hindern, den Beklagten so zu verurtheilen, wie der Kläger gebeten hat. Der Mangel oder die Undeutlichkeit einer solchen Thatsache macht die Klage wesentlich fehlerhaft, daher verwerflich, wenigstens angebrachtermaassen. Das Miterzählen nicht wesentlicher oder gar irrelevanter Thatsachen kann die Feststellung der Streitfrage erschweren, Einreden begründen, und den Kläger — wenigstens gegenüber von einem linkischen Richter — mit Beweis belasten. In die Geschichtserzählung verwebt sich die schon erwähnte *legi-*

timatio ad causam, und der specielle Klaggrund: ohne daß man jener oder diesem eine abgesonderte Stelle in eben dieser Erzählung anweisen könnte.

2) Der Rechtsklaggrund.

Nothwendig muß dieser jedesmal alsdann angeführt werden, wenn er in einem nicht promulgirten Gesetz (Gewohnheitsrecht) oder in einem Privilegium besteht. Dann erscheint er auch wohl an der Spitze der Klage: vor der Geschichtserzählung. Besteht er in einem promulgirten Gesetz, oder in einem Inbegriffe von promulgirten Gesetzen, so ist sein ausdrückliches Anführen nie wesentlich, sondern nur Cautel, um den Richter in das gewählte Rechtsgebiet hinzuführen. *) Auf jeden Fall wird seiner in möglichster Kürze gedacht; entweder als generellen Rechtsprincips, oder in Bezug auf specielle Gesetze: das heißt solche *leges*, welche über den *casum in terminis* entscheiden. Er macht gewöhnlich den Uebergang von der Geschichtserzählung zum Proceßgesuche. Seine specielle Ausführung aber wird zwecklich für die Replik aufgespart. Auch kann er aus einzelnen Worten der Geschichtserzählung von selbst hervorleuchten: z. B. aus den eingeflochtenen Worten »widerrechtliche«, oder, »rechtswidrige, Vorenthaltung.«

3) Das Gesuch, und zwar:

a) das Proceßgesuch, je nach Verschiedenheit der gewählten Proceßart. Wird die Klage im ordentlichen Proceß erhoben, so kann die steife Form des Proceßgesuchs füglich erspart werden, und wird daher häufig nur durch die abbrevirten Worte *comm. comm.* (d. h. *communicatis communicandis, scil. libellis*) ersetzt. (Manche Landesgesetze gebieten indessen: auch in der ordentlichen Klage solle das Proceßgesuch ausdrücklich — *explicite* — vorgetragen werden.)

Sucht hingegen der Kläger eine summarische Proceßart, so muß er auch schon nach gemeinem Rechte das Gesuch so formen, daß man die gewählte Proceßart daraus deutlich entnehmen kann.

b) Das Proceßgesuch; d. h. die anticipirte definitive Sentenz des Richters: mit andern Worten: der Kläger muß das Sachgesuch gerade so formen, wie er will, daß der Richter am Ende des Rechtsstreits den Beklagten verurtheile. Hier steht aber

*) Vergleiche meine Materialkritik, Entwurf LX. und LXI. M.

α) voran das Hauptgesuch: gerichtet auf das Hauptobject der Klage; und diesem angehängt werden

β) die Nebengesuche, gerichtet auf die Accessionen, vorzüglich Früchte, Zinsen, Unkosten etc.

Sowohl Proceß- als Sachgesuche pflegt man etwas einzurücken, und zwar stufenartig, so daß das Letztere noch weiter einwärts steht, als das Erstere.

Bemerkungen.

A. Zufällige Nebengesuche, ausser denen soeben mit β bezeichneten, z. B. um eine Arrestverfügung, werden, wenn sie

a) in der Geschichtserzählung der Klage selber, zugleich mitbegründet sind, mit in das Proceßgesuch verschmolzen;

b) wenn sie hingegen einer besondern Geschichtserzählung bedürfen, entweder am Schlusse der Hauptklage vorgetragen, oder auch, in manchen Ländern, in einem sogenannten Insertat- oder Inserts Schreiben, d. h. als Nachschrift oder Beilageschrift, auf einem besondern Bogen. *)

c) Solche zufällige Nebengesuche, die überhaupt einer eigenen Geschichtserzählung nicht bedürfen, z. B. die Bitte um Bestellung eines Vormundes, pflegt man ebenfalls am Schlusse der Klage vorzutragen.

B. Die dem Klaglibell etwa einzuschaltende Replik (*Martin p. 135 in fine*) wird mit der Geschichtserzählung so verbunden, daß sie von dieser als ein Theil, und mithin als ein Gegenstand der Einlassung, angesehen werden muß. **) Gewöhnlich erscheint sie unmittelbar vor dem Rechtsgrund, und dieser kann dann auch, speciell, auf jene Replik sich beziehen. ***) Im Allgemeinen ist jedoch ihre Stelle willkürlich, und nach den Verhältnissen *in concreto* abzumessen.

C. Die etwa nöthige Rechtfertigung des gewählten Gerichtsstandes läßt sich zwecklich unmittelbar vor oder nach dem Rechtsgrund, oder in dessen gewöhnliche Stelle, einschalten.

*) Vergleiche Oeltzens Anleitung, pag. 79 und 80.

**) Gegen dieses Müssen hege ich höchlichen Zweifel. M.

***) Wie z. B. bei den *querelis inofficiosi testamenti* und *nullitatis*, oder bei der Revocatorienklage (*rei vindicatio qualificata*). M.

D. Beigefügte Urkunden sind an der Stelle der Geschichtserzählung bezugsweise (mit einem Zeichen versehen) zu allegiren, welche durch sie erläutert oder bewiesen werden soll. Wennauch ein Landesgesetz gebieten sollte, den Urkundenbeweis mit dem Klagvortrage zu verbinden, so ist es dennoch nicht Cautel, die Geschichtserzählung und die Deduction: man habe bewiesen, mitzuverschmelzen; sondern man lasse dennoch die Geschichtserzählung trocken, mit bloßem kurzem Bezug auf die Urkunde, so vorangehen, daß sie der Einlassung ausgesetzt stehe, und verspare die specielle Deduction (Salvation) bis in der Replikschrift.

Rechtsfälle Nr. 33. 40. 55. 102.

§. 73.

Klagehäufungen oder Klagecumulationen.

Sind mehrere Klagen

A. cumulativ oder copulativ zu häufen,

Martin §. 138 vergl. mit Oeltzens Anleitung §. 77 — 81.

1) und alle entspringen aus dem nämlichen Facto (simultane Cumulation!), so erhalten sie auch nur eine Geschichtserzählung, an deren Ende Dasjenige, was zu dem Rechtsgrund und zu dem Object jeder einzelnen Klage, ausschließlic, gehört, bemerklich gemacht wird. Gewöhnlich geschieht dies vermittelst der Verbindungsformel: „nicht nur, sondern auch“ oder „überdies“ u. s. w. Z. B. in einer Injurienklage wird voran das ganze Factum der Injurie erzählt; und dann fährt der Kläger obngefähr so fort: „es hat nun der Beklagte durch die obige Injurie nicht nur meine Ehre verletzt, sondern auch meine Kleidung beschädigt. Ueberdies habe ich durch Versäumnis 100 Thaler eingebüßt, habe 50 Thaler Kurkosten aufwenden müssen u. s. w.“ Auch kann man, nach vorgetragensem Facto, die Rechtsgründe sämtlicher Klagen zusammen vortragen, hierauf das Proceßgesuch und dann das Sachgesuch, folgen lassen, in welch Letzterem dann Alles gehörig geordnet zusammen erbeten wird, was man, je nach der Natur jeder einzelnen von obigen Klagen fordern kann; und dies zwar ohngefähr in der nämlichen Wortstellung, wie man sie in dem künftigen Erkenntnisse zu erleben und wiederholt zu lesen, wünscht.

2) Entspringen die mehreren Klagen zwar aus einzelnen verschiedenen Factis, gehören jedoch zur nämlichen Gattung, d. h., haben sie einerlei tatsächliche und Rechtsgründe, z. B. mehrere *actiones mutui* oder *venditi*, so werden die mehreren Geschichtserzählungen vereinigt, und nur allenfalls durch Numern geschieden. Eine solche Klage erhält dann auch nur einen gemeinschaftlichen Rechtsgrund, nur ein Prozeßsuch und nur ein Hauptgesuch, in welchem Letzterem Alles auf einmal erbeten wird, was man in Rücksicht auf jede einzelne Klage rechtlich zu erbitten befugt steht.

3) Sind hingegen die verschiedenen Klagen durch verschiedene Thatsachen dergestalt begründet, daß nicht nur jede ihr eigenes faktisches Gebiet hat und ein besonderes Object verfolgt, sondern auch der Art nach von jeder andern Klage verschieden ist; z. B. eine *actio mutui*, eine Erbschaftsklage, und eine *actio negot. gest.*; so muß jede derselben ihre gesonderte Geschichtserzählung erhalten. Hierbei kann man nun entweder

a) jeder einzelnen Geschichtserzählung auch sogleich den Rechtsgrund anfügen, und diesem Letzteren das betreffende Sachgesuch anhängen (in welchem Falle alsdann das Prozeßgesuch erst hinter dem Sachgesuche der letzten Klage vorgetragen wird); oder

b) man läßt

α) die Geschichtserzählung jeder einzelnen Klage vorangehen, nach Numern gesondert, und trägt dann

β) erst hinter allen Geschichtserzählungen deren sämtliche verschiedene Rechtsgründe vor; läßt dann

γ) ein gemeinschaftliches Prozeßgesuch folgen, und hinter diesem

δ) auch ein gemeinschaftliches Sachgesuch, sich zurückbeziehend auf alle Klagen.

S. Genslers gedruckte Akten, Beilagen Nr. 7, 8.

Man kann aber auch

c) jeder getrennten Geschichtserzählung ihren Rechtsgrund sogleich anfügen; hierauf ein gemeinschaftliches Prozeßgesuch, und endlich das vereinigte Sachgesuch, wie sub β, γ, δ aussprechen.

B. Alternativ gehäufte Klagen (z. B. *nullitatis testamenti*, oder doch *actio suppletoria*!) erhalten nur eine Geschichtserzählung, dagegen aber zwei Rechtsklaggründe, von welchen der eine vom andern gewöhnlich durch die Worte gesondert wird: „oder

doch wenigstens,“ u. dgl. Das Hauptgesuch einer solchen Klage muß sich dann, ebenfalls alternativ, auf die alternativen Rechtsklaggründe zurückbeziehen, so daß man das Gesuch derjenigen Klage voranstellt, welche dem Kläger am vortheilhaftesten ist, d. h.: das grössere Objekt verfolgt.

S. Genslers gedruckte Akten, Beil. Nr. 4. 6.

Man muß jedoch hiermit nicht verwechseln die bloßs alternative Bitte einer einfachen Klage, z. B. „entweder *dos* oder Heirath.“

Martins Civilproc. §. 135.

C. Successiv gehäufte Klagen (z. B. die *actio de paternitate affirmativa* mit der *actio confessoria* auf den *ususfructus* an des Haussohnes Adventitien) erhalten ebenfalls nur eine Geschichtserzählung, in welcher der faktische Klaggrund beider Klagen enthalten steht, und woraus eben so auch der Rechtsgrund beider Klagen hervorleuchten muß. In dem Hauptgesuche geht dann diejenige Klage voran, von deren Wahrheit und Rechtmäßigkeit der Triumph der andern Klage, wie von einer *conditio sine qua non*, abhängig ist.

Genslers gedruckte Akten, Beyl. Nr. 1, 3.

Hiermit muß man nicht verwechseln die bloßs subsidiarische Bitte einer einfachen Klage, z. B. gegen den fingirten Besitzer.

Martins Civilprocess §. 138.

D. Electiv concurrirende Klagen dürfen, der Regel nach, gar nicht gehäuft werden.

Thibauts Versuche, Abhandlung 9.

Allein sehr oft kann man das einfache Hauptgesuch der einzelnen, gewählten Klage mit mehreren Rechtsgründen zugleich befestigen. Man darf die Rechtsklaggründe häufen, damit, wenn der eine nicht durchgreifen sollte, doch der andere oder der dritte, die Klage aufrecht halte. Z. B. in dem Rechtsfall Nr. 18, Nr. 4, p. 48 meiner Rechtsfällesammlung kann das Rechtsgeschäft ein Mandat scheinen, aber auch ein Mutuum; ja es können wohl auch die Grundsätze von der *constituta pecunia* dem Richter einfallen. In solchen Fällen bezieht man sich alternativ auf eins oder das andere dieser Rechtsfundamente: das heißt, man überläßt dem Richter die Subsumtion des Factums unter einen oder den andern der ihm zur Auswahl vorgelegten und hingezeichneten Gesetze.

§. 74.

Decret auf die Klage.

Des Richters erstes Decret: das heißt, sein Decret auf die ihm überreichte und von ihm geprüfte Klage, steht, der Form nach, unter den allgemeinen Principien der Decretirkunst (§. 55); dessen Materie, d. h. dessen Inhalt, hingegen hängt ab von der Beschaffenheit des Libells, und kann, je nachdem dieser Libell fehlerfrei oder fehlerhaft ist, verschieden ausfallen, wie sich dies aus den theoretischen Principien ergibt.

Martin §. 140 und 141.

§. 75.

Vom Exceptionslibelle.

Die innere Form einer Exceptionsschrift ist folgende:

I. Im Eingange bezieht man sich zwecklich auf die in dem richterlichen Decret (§. 74) vorgeschriebene Frist zur Ueberreichung dieser Vertheidigungsschrift des Beklagten, mit dem Bemerken des Insinuationstages von eben diesem Decrete. Wäre die Frist peremptorisch gewesen und bereits versäumt, so muß man an dieser Stelle sofort eine Restitutionsbitte, mit Angabe der Restitutionsgründe, und wo möglich unter Bescheinigung dieser Gründe, vorgetragen.

II. Dann kommen die der Einlassung vorausgehenden Einreden, in folgender Ordnung:

A. Die verzögerlichen, dilatorischen; und von diesen

1) die *exceptio praestandae cautionis pro expensis*: weil der Kläger diese Sicherheit bei jedem Schickal der Klage zu bestellen pflichtig ist.

2) Die *exceptio deficientis legitimationis ad processum*: weil auch diese Einrede bei jedem Schicksal des Processes erledigt werden muß. Ob man jedoch die Einrede unter 1, oder die unter 2, vorangehen lassen wolle, ist gleichviel.

3) Die gerichtsablehnende Einrede, *exceptio fori declinatoria*, respective mit der Protestation, daß der Beklagte durch sein weiteres Fortschreiten in der Sache, (d. h.: durch den Vortrag aller seiner übrigen dilatorischen und seiner peremptorischen Einreden) das vom Kläger gewählte Forum nicht anerkennen — prorogiren wolle.

4) Die übrigen gemeinen verzögerlichen Einreden, und zwar in der Ordnung, wie sie sich beziehen:

a) auf einen vom Richter oder von dem Kläger in dem Verfahren begangenen Fehler, z. B. der zu kurzen Vorbereitungsfrist — *termini nimium angusti* —, oder der nicht gehörig gewählten Proceßart (*irrite formati processus*); oder

b) auf einen Mangel an der Person des Klägers oder des Beklagten, oder einer Nebenperson, z. B. der fehlenden Legitimation zur Sache. Die Exceptio der fehlenden Proceßlegitimation würde auch hierher gehören, wenn sie nicht schon oben sub 1, oder 2, vorangestellt wäre.

c) oder auf einen Formfehler der Klage, z. B. sie sey zu generell, dunkel, unschlüssig (*inconcludent*) u. dgl. Die letzteren Einreden begründen sämmtlich das Gesuch: daß die Klage in der Maafse, wie sie angebracht worden sey, nicht Statt finde. Die Einreden sub a und b hingegen haben eigenthümliche Gesuche, je nach ihrem verschiedenen Zwecke.

B. Die nicht bloß dilatorischen Einreden, und zwar hier zuvörderst

5) die vollperemtorischen — die Klage in ihrem ganzen Umfange zerstörenden — Einreden, welchen die Partei (der Beklagte) die Qualität von proceßverhindernden aufprägen will.

Unter diesen setzt man voran

a) diejenigen, welche aus dem vom Gegner erzählten, oder doch zu erzählenden, factischen Klaggrunde selber abgeleitet werden, und also das nämliche Factum zur Grundlage haben; auch das Gesuch um das Erkenntniß begründen: »die Klage finde an sich nicht Statt;« gesetzt auch, das vom Kläger erzählte Factum sey als äussere Erscheinung in der Erfahrungswelt wirklich wahr: — ein diesem Facto selbst anklebendes materielles Gebrechen mache die Klage unzulässig, z. B. die *exceptio doli*, *reprobatae obligationis* (z. B. Spielschulden), *Scti Vellejani* oder *Macedoniani exceptio*. Diese Einreden nennt man häufig *exceptiones juris*. Martin §. 92 *in fine*. Hierauf folgen erst

b) diejenigen, welche auf ein selbstständiges, von dem klagbegründenden Facto getrenntes äusseres Factum fundirt sind, z. B. *compensationis*, *solutionis*, *transactionis*, *rei judicatae*, *testamenti*, *emancipa-*

tionis, renuntiationis etc. Diese pflegt man *exceptiones facti* zu nennen.

Bemerkung 1. Die peremtorischen Einreden sub a sind es, welche bisweilen *ex jure* als liquid vorliegen, oder vielmehr, bei welchen die Klagschrift selber gleichsam die Urkunde ist, aus welcher deren Wahrheit, und, zusammengehalten mit dem Gesetze, zugleich deren Rechtsgrund, hervorgeht. Die Einreden unter b hingegen sind es, welche der Regel nach eines besondern schleunigen Beweises bedürfen, durch andere Urkunden, als die Klagschrift: — (wenigstens die nicht mit unvorsichtiger Plauderhaftigkeit verfaßte Klagschrift, d. h., wenn Kläger nicht als Ignorant und Pinsel, oder als Rabulist, anticipativ, unstichhaltige Repliken vorgetragen hat. M.)

Archiv I. p. 455.

Sobald nun eine Einrede sub a oder b eines solchen besondern schleunigen Beweises bedarf, muß der Beklagte auch das schleunige Beweismittel sogleich zur Hand nehmen. Ist es eine briefliche Urkunde, so muß er sie sofort beifügen und respve Recognition fodern; ist es eine andere Urkunde, so muß er um die Verfügung bitten, welche ihren Aechtheitsbeweis herstellt. Rechtsfall Nr. 31.

Bemerkung 2. Beiden Arten dieser Einreden ist das Gesuch um das Erkenntniß gemeinschaftlich: „daß die Klage nicht Statt finde.“

Bemerkung 3. Wenn unter den Einreden sub b solche begriffen seyn sollten, deren faktische Grundlage auch ein Klagrecht gibt,*) z. B. Compensationis, so sind

*) Dies ist nur die Hälfte der Wahrheit; denn es gilt diese Bemerkung Genslers überhaupt von allen solchen *exceptionibus facti*, die sich auch anderwärts (d. h. zur Ertödtung auch von andern *actionibus* des dermaligen Klägers) und nicht gerade bloss allein zu Peremtion der dermaligen Klage desselben, benutzen lassen. Es gilt also namentlich auch von allen solchen *exceptionibus solutionis* oder *compensationis*, deren *fundamentum reale* wegen seiner extinctiven Verjährtheit zwar niemals wieder zu Anstellung einer wirksamen *actio* ermächtigen kann, aber doch (weil Einredegründe der Regel nach nicht versessen werden!) immer noch einer andern Klage desselben Klägers mit Nachdruck opponirt werden können, wenn man ihren Grund nicht zur Ertödtung (versteht sich: Ertödtung *quoad concurrentem summam*) der jetzigen Klage benützt, oder besser: vernutzt, hat. Martin hat folglich den von mir im einundsechzigsten Entwurfe der Materialkritik gerügten Sachfehler seines §. 181, Not. c, durch die in der

die übrigen, z. B. *renuntiationis*, ihr vorzusetzen; ja man setzt solche Einreden klüglich sogar den gemischten Einreden unter Nr. 6 jedesmal alsdann nach, wenn man den Klaggrund verneinen will. (Rechtsfall 14.)

6) Die sogenannten gemischten Einreden, welche die Klagen als *nondum nata* — als noch zur Zeit nicht statthaft — zurückwerfen wollen, z. B. *excussionis*, *pacti temporalis de non petendo*, *privilegii moratorii etc.*

7) Die *exceptio spolii* (in denjenigen Gerichten, wo ihr gemeinrechtliches Privilegium noch gilt, Martin §. 145). Soll sie, nach dem Landesgesetz, diesseits der Einlassung nur dann berücksichtigt werden, wenn sie ebenso schleunig bewiesen werden kann, wie eine peremptorisch proceßhindernde Einrede, so erhält sie ihren Platz zwecklich unter den gemischten Einreden Nr. 6. Immer aber muß ihr Gesuch vorsichtig nur dahin gerichtet werden, zu erkennen: »daß der Beklagte nicht schuldig sey, vor der geschehenen *restitutio* auf die Klage sich einzulassen.« Denn, bittet man, den Kläger zur Restitution zu verurtheilen, so ist dies die *actio spolii*,*) und diese gehört nicht unter die Einreden. Vielmehr wird sie an dieser Stelle von dem wissenschaftlichen Richter nicht beachtet.

Vergleiche Rechtsfall Nr. 26. pag. 78 und 81.

III. Die eventuelle Einlassung mit ihren etwaigen Erläuterungen: und zwar diese letzteren entweder gleich hinter den einzelnen betreffenden Gliedern der *litis contestatio*, oder unmittelbar nach der gesetzlich vollendeten *litis contestatio*, mit Rückbezug auf die einzelnen Glieder der Antwort, welchen die Erläuterung angehört. Durch solche Erläuterungen kann man sich den Vortrag von einem qualificirten Geständnisse ersparen: indem man in der *litis contestatio* selber, den von der Klagschrift erzählten Geschichtshergang verneint, durch die hinzugefügte Erläuterung aber gegen den Vorwurf muthwilligen Läugnens sich

achten Ausgabe seines Lehrbuchs eingeflickte Verweisung auf die Note e seines §. 166 erst zur Hälfte zu korrigiren verstanden. M.

*) Eigentlich, in dem hier gemeyneten Zusammenhange, die *reconventio ex spolio*. M.

sicher stellt. *) Gleichen Dienst kann die sogenannte *exc. rei non sic sed aliter gestae* leisten. **)

Archiv I. für die civ. Praxis S. 46.

IV. Dasjenige, was der Beklagte etwa wegen der Beweislast vortragen will, z. B. es wären wesentliche Punkte der Klage geläugnet, und es treffe daher den Kläger zunächst die Beweislast. Ist der Eid schon in der Klagschrift eventuell über den Inhalt der verneinenden Einlassung angetragen, so kann sich auch der Beklagte sofort an dieser Stelle erklären: ob er den Eid annehme, zurückschiebe, oder sein Gewissen mit Beweis vertreten wolle. Im geeigneten Falle kann er auch sofort die Unzulässigkeit des Eides nachweisen.

V. Die gemeinen oder simpel-peremptorischen Einreden. Von diesen pflegt man die capitalen, das heißt total perimirenden, voranzusetzen, und diejenigen nachfolgen zu lassen, welche den Grund der Klage nur *pro parte* zerstören; es wäre denn, daß eine dieser Einreden auch eine besondere Klage begründete; ***) in welchem Fall man sie selbst den sogleich folgenden Einreden sub VI. nachzusetzen pflegt. Sodann folgen

VI. Die nicht liquiden sogenannten gemischten Einreden. Sind nämlich die Einreden sub V. und VI. schon vor der *litis contestatio*, als proceßverhindernde, vorgeschützt, der Beklagte ist aber dort von ihrer Liquidität nicht vollkommen überzeugt, ****) so wiederholt er die nämlichen Einreden jetzt hier, hinter der *litis contestatio*: damit der Kläger in der Replik auf die faktischen Gründe dieser Einreden antworte, und er (der Beklagte) auf den Fall, wenn der Kläger läugnet, zu dem ordentlichen (langsamen) Beweise (indirektem Gegenbeweise) zugelassen werde. Endlich folgt

VII. die Wiederklage, wenn eine solche angehängt werden soll und darf.

Martins Civilproceß §. 148.

*) Die Scheue vor diesem Vorwurf ist übrigens eine ziemlich knechtische.

**) Dies ist, gegenüber von strohköpfigen Richtern, unwahr: indem diese auch dem Pseudo-Excipienten den Beweis aufzuhalsen pflegen. S. Sibeths Skizze einer Theorie der Klagen etc. Erster Nachtrag, S. 54. M.

***) Ich wiederhole hier meine obige Note auf S. 11.

****) Dies heisst so viel als: der Excipient hat sie dort leider mit bösem Gewissen und mit Zaghaftheit vorgetragen, oder vortragen müssen. M.

Diese hebt an, nach einer kurzen Uebergangsprase, in voller Form einer Vorklage (*conventio*), wenn sie nämlich eine selbstständige Geschichtserzählung erheischt. Soll aber nur der Ueberschuß *) von der Objectssumme einer vorgetragenen peremtorischen Einrede widerklagsweise verfolgt werden, und ist diese Einrede schon vollständig faktisch begründet, so kann sich der Widerkläger auf die Geschichtserzählung seiner Einrede zurückbeziehen, mit der Erklärung: er wolle den Ueberschuß seiner Einrede hierdurch widerklagend verfolgen.

Doch muß auch hier ein vollständiges Sachgesuch angefügt werden, nämlich die Angabe: wie man will, daß der Wiederbeklagte verurtheilt werden soll. Vergleiche Rechtsfall 26. p. 81. I u. II.

Bemerkung. Der Rechtsfall 26 enthält einen Extract aus einer Exceptionsschrift. Fehlerhaft ist in ihm: daß pag. 79 die Einrede des Vergleichs den Schluss vor der *litis contestatio* macht. Sie hätte vielmehr Nr. 6. seyn, dann die Einrede der Zuvielforderung als Nr. 7 nachfolgen, und die *exceptio compensationis* den Schluss machen, sollen. Ebenso hätte hinter der *litis cont.* p. 80 die *exceptio transactionis* voranstehen sollen, und die beiden Einreden der Gegenrechnung hätten nachzufolgen gehabt.

§. 76.

Das richterliche Decret auf die Exceptionshandlung des Beklagten steht, der äussern Form nach, unter den allgemeinen Principien (§. 55.); sein Inhalt aber ist lediglich aus der Theorie zu schöpfen. Martins Civil-proceß §. 151.

§. 77.

Replik, oder Behauptungsschrift.

In Ansehung der innern Form der Replik muß man auch hier,

I. wie bei Exceptionsschrift des Mittheilungsdecrets und der Fristbeobachtung gedenken, oder nöthigenfalls sofort um Restitution bitten. (§. 76. Nr. 1.)

II. Ist die Exceptionsschrift gehörig geordnet, wenigstens in einer dem Kläger unnachtheiligen Ordnung

*) Warum spricht Gensler hier bloss von einem solchen Ueberschusse: kann es nicht auch die totale Objectssumme einer bloß eventuell opponirten Einrede seyn? M.

abgefaßt, so beantwortet dieser die darin aufgestellten einzelnen Defensionssätze nach der vom Beklagten gewählten Reihenfolge. Ist sie aber *confus*, so kann der Kläger die darin aufgestellten einzelnen Defensionssätze erst in die von uns, zufolge der *Eventualmaxime*, bezeichnete Ordnung des §. 76 einrenken und in dieser neuen Ordnung Schritt für Schritt beantworten.

III. Bey der Beantwortung der dilatorischen Einreden, welche der Beklagte der Einlassung vorausgeschickt hat, muß der Kläger diejenigen, welche ihm als gegründet vorliegen, sofort zu erledigen suchen; *) wenigstens durch eventuelles Erbieten, z. B. durch Beilegung des geforderten Vollmachtsbriefes, durch Erbieten zur Cautionsleistung, auf den Fall, daß darauf erkannt werden sollte u. s. w.

Martins Civilproceß §. 153.

Einreden hingegen, welche der Kläger für unstichhaltig erachtet, sucht er zu widerlegen:

1) *respue* als nicht gehörig begründet, z. B. als zu generell;

Martin §. 73.

2) *respue* als den Rechten nach schon an sich nicht statthaft: z. B. *ex jure tertii* abgeleitet.

3) *respue* als illiquid, besonders insofern als von fälschlichen proceßverhindernden (peremptorischen oder gemischten) Einreden die Rede ist. Auf diejenige Einrede, welche von dem Beklagten, nach der Theorie, schon diesseits vom ersten Decisiverkenntnis bewiesen seyn muß (durch ein schleuniges Beweismittel), lasse sich der Kläger niemals speciell ein, selbst wenn die Einrede einen deutlichen faktischen Grund haben sollte, wie z. B. die *exceptio solutionis*. Das heißt: er antworte nicht, ob die Zahlung wahr sey oder nicht. Denn Einlassung auf eine proceßverhindernde Einrede ist keine Zwangspflicht des Klägers, sondern dem Beklagten liegt es als wesentliche Bedingung ob, einer solchen Einrede, wenn sie nicht *ex jure liquid* ist, **) sogleich ein schleuniges Beweismittel beizufügen.

Archiv I. pag. 456.

*) Auch dieses Muß ist ein kategorischer Imperativus bloß für allzuknechtische Seelen.

**) Daß man diesen Ausdruck *cum grano maximo salis* zu deuten habe, bedarf wohl kaum meines Erinnerns. M.

Die wirklich liquiden proceßverhindernden Einreden kann aber der Kläger auch nur durch eine liquide Replik beseitigen, wenn er diese Replik nicht schon dem Klaglibell eingewebt, und sie so der Einlassung mit ausgestellt, hat.

IV. Will der Kläger der liquiden proceßverhindernden Einrede sofort eine eigentliche, gleichfalls liquide, Replik entgegenstellen, so muß auch er das schleunige Beweismittel der Replik eben so gleich beifügen, wie der Beklagte dies in Rücksicht auf die proceßverhindernde Einrede zu thun schuldig war, und wenn dieses Beweismittel noch eines Acts zur Herstellung der vollen Liquidität bedarf, so muß er um dessen Vollzug ebenfalls bitten. *)

V. Sodann wendet sich der Kläger zur Einlassung. Ist diese gar nicht, oder doch nicht gehörig, vollzogen, so beschuldigt er deshalb den Beklagten sofort des Ungehorsams, mit einer Bitte, welche je nach dem Decret abgemessen werden muß, welches dem Beklagten die Einlassung geboten hat. Ist die Einlassung gehörig geschehen, so pflegt **) der Kläger gewöhnlich zu äussern, er wolle ihre Prüfung dem Richteramt überlassen, dabei jedoch die eingestandenen Punkte ausdrücklich acceptiren. Ist es rechtmöglich, so sucht der Kläger hier zu zeigen, daß die verneinten Punkte der Einlassung eine Beweislast für ihn nicht zur Folge haben können, z. B. weil sie nicht wesentlich zum Klaggrund gehören, ***) oder weil eine Rechtsvermuthung für ihre Wahrheit streite. Ueberhaupt bestrebt sich der Kläger, an dieser Stelle, die Beweislast von sich abzuschieben, oder wenig-

*) Gensler meynt nämlich: andere als liquide oder liquidable Repliken dürfe Kläger hier nicht opponiren; allein diese Ansicht ist Irrthum. Vergl. v. Grolmans Lehrbuch §. 254, a. E. M.

**) So spricht der Schlendrian der Actendrescher; aber nicht der kräftige, und also auch liberale, Rechtskenner. M.

**) Dergleichen Punkte kann man aber auch nur äusserst uneigentlich Punkte der Einlassung nennen. Nicht jeder alberne Salm, welcher in einer Klagschrift dem Richter vorgeträtscht wird, ist Bestandtheil vom faktischen Klaggrunde! Noch gewisser, wo möglich, ist es aber, dass des Gegners Einlassung, welche *per dolum* (Schikane), oder *culpam* (Rechtsignoranz oder Hudelei) dergleichen Unkraut enthält, den Namen einer gehörig geformten nicht verdiene. M.

stens doch das Beweisthema so enge als möglich zu umgränzen.

VI. Will der Kläger, wie ihm dies, gemeinem Rechte nach, frei steht, und durch Landesgesetze vielleicht sogar geboten ist, den Beweis in der Replik antreten, so geschieht es an dieser Stelle; und er muß dabei Alles beobachten, was der Producent bey einer auferlegten Beweisantretung zu vollziehen hat; nur abgesehen von der peremtorischen Beweisfrist. Will er also z. B. durch Zeugen den Beweis antreten, so muß er die Zeugenartikel sofort überreichen, und um Vorladung, Vereidung und Abhörung, der Zeugen bitten. Will er den Urkundenbeweis antreten, so muß er um einen Productionstermin nachsuchen; auch dieser seiner Replikschrift wenigstens Abschriften der Urkunden beyfügen, wenn solche nicht bereits dem Klaglibell angefügt und dem Beklagten mitgetheilt sind.

Archiv I. pag. 120, 181.

Hat der Kläger dem Beklagten gleich in der Klagschrift den Schiedseid eventuell angetragen, und hat der Beklagte die Thatsachen, worüber er schwören soll, verneint, so ist, jenachdem der Eid acceptirt oder referirt, oder die Erklärung vom Beklagten unterlassen wurde, Dasjenige zu repliciren, was die Theorie als Princip darbietet. *)

VII. Auf die Thatsachen der hinter der *litis contestatio* vom Beklagten aufgestellten oder wiederholten zerstörenden oder gemischten Einreden soll sich der Kläger, nach dem Buchstaben und Geist der Gesetze, ebenso speciell einlassen, wie der Beklagte auf die Geschichtserzählung der Klage. (Martin §. 97. B.) Leider aber wird dies in der Praxis selten beobachtet. Man begnügt sich mit qualificirten Antworten, und wohl auch mit einer allgemeinen Verneinung — mit einem allgemeinen Widerspruche gegen das faktische Exceptionsfundament, in Folge.

VIII. Ist der Exceptionsschrift eine Wiederklage angehängt, so muß sich der wiederbeklagte Kläger ganz in die Lage eines Beklagten denken, und seine Verthei-

*) Sie bietet aber ein sinnlos falsches Princip dar, wenn sie fabelt, dass nach gemeinem Rechte die Unterlassung alles solchen Erklärens die Strafe der Eidesflüchtigkeit auf des Omittenten Nacken ziehe. M.

digung gegen die Wiederklage erhält vollkommen unsere obige innere Form einer Exceptionsschrift. §. 75.

IX. Gemeinem Recht nach *) ist die Replik die Schlussschrift. Ist also keine Wiederklage vorhanden, auf welche der Kläger in der Eigenschaft als Wiederbeklagter noch, mit einer Duplik, zu hören ist, so wird von Seiten des Klägers das erste Verfahren geschlossen, gewöhnlich unter anticipativem Widerspruch gegen jedes etwaige neue Vorbringen in der Duplik.

Dadurch sind jedoch die eigentlichen *duplicae* des Beklagten nicht ausgeschlossen; denn diese beziehen sich auf die Replik, und sind also nichts Neues.***) Hätte jedoch der Kläger in der Replikschrift Beweis angetreten, so kann dessen Fortsetzung den Schluss des ersten Verfahrens verhindern, weil nun erst Dasjenige verfolgt und vollendet werden muß, was der Beweisinstanz angehört.***)

§. 78.

Decret auf den Repliklibell.

Die Form des Decrets auf die eingegangene Replik ist ebenfalls die allgemeine. (§. 55.) Der Inhalt aber kann auch hier nur aus der Theorie geschöpft werden.

Martin, §. 155.

§. 79.

Duplik - oder Widerlegungsschrift.

In der Duplikschrift wird ebenfalls

I. der Fristbeobachtung gedacht, oder respve. um Restitution gebeten. §. 74,

II. In Ansehung der Reihenfolge der einzelnen Streitpunkte wird entweder der Replikschrift nachgegangen, oder, wenn der Kläger von der Ordnung einer gehörig

*) Gensler hätte sagen sollen: „dem volksverpestenden und allverwünschten Schlendrian der meisten Gerichtshöfe — wenigstens Untergerichtshöfe — nach!“ Vergl. meine Materialkritik S. 318 — 320. M.

**) Allerdings sind sie etwas Neues, und zwar gerade das, wogegen der Schlendrian diesen Anticipativschild aufzupflanzen pflegt und beliebt! M.

***) Bewahren uns hievon, nach gemeinem Rechte, die gnädigen Götter! Dies wäre die Einleitung eines offenbaren vermaledeiuungswerthen Tumultes. M.

geformten Exceptionsschrift abgewichen seyn sollte, zu dieser wahren Ordnung einrenkend zurückgekehrt.

III. Hat der Kläger in der Replik dilatorischen Einreden abzuhelpen gesucht, so muß der Beklagte prüfen, ob dies auch wirklich und vollständig geschehen sey; z. B. ob die beigebrachte Vollmachtsurkunde auch die gesetzlichen Eigenschaften habe. Findet sich ein Mangel hieran, so wird dieser bemerklich gemacht.

Wenn der Kläger in Ansehung der, vom Beklagten, der Einlassung vorausgeschickten Einreden

1) eine oder die andere als »nicht begründet,« oder als (den Rechten nach) »überhaupt nicht statthaft« angefochten haben sollte (§. 76.), so sucht hier der Beklagte diese Einreden zu rechtfertigen; insonderheit aber

2) die angefochtene Liquidität der proceßverhindernden Einreden zu salviren, oder noch zu vervollständigen. Besteht nämlich das schleunige Beweismittel in einer solchen Urkunde, welche noch der Recognition bedarf, *) und es hat der Kläger, in der Repliksschrift, die Aechtheit jenes Documents nicht zugestanden, so muß der Beklagte noch in der Duplik darauf antragen, daß der Kläger auf eine besondere Tagfahrt zur Anerkennung des Originals vorgeladen werde. **) Ebenso, wenn der Beklagte, zum Zwecke der Liquidität seiner Einrede, um Ocularbesichtigung gebeten hat, diese aber bis jetzt, vom Gericht, unterlassen wurde. ***) Hier muß der Beklagte, in der Duplik, ausdrücklich bitten: das erste Erkenntniß nicht zu ertheilen, bevor die gebetene Besichtigung vollzogen sey. ****)

3) Eine Ungehorsamsbeschuldigung: daß der Kläger auf die Thatsache einer proceßhindernden Einrede nicht geantwortet habe: ist hingegen zwecklos, weil der Kläger nicht zwangspflichtig ist, eine solche Antwort auszusprechen; sondern vielmehr der schleunige Beweis

*) Dies ist, nach meiner vollendeten Ueberzeugung selbst mit solchen öffentlichen Urkunden der Fall, welche angeblich von der physischen Person des Richters selber herrühren, und dessen Namenszug an sich tragen. *Sapienti satis!* M.

) Hier wiederhole ich meine Note * auf S. 18. M.

*** und ****) Auch hier stehe die nämliche Wiederholung! M.

des Beklagten immer die unnachlässige Bedingung der Wirksamkeit — ja rechtlichen Existenz — einer solchen Einrede ist. §. 77, Nr. III. 3.

IV, In Hinsicht auf die einer proceßverhindernden Einrede etwa entgegengesetzte Replik sucht der Beklagte auszuführen, diese Replik sey illiquid und könne daher deshalb die klare Einrede nicht aufwiegen, sondern im Gefolge dieser Einrede müsse die Klage sofort wenigstens angebrachtermaassen verworfen werden: denn, soll eine illiquide Replik jene liquide Einrede beseitigen, so muß sie wenigstens der Klage miteingewebt seyn, damit der Beklagte darauf antworten und auch gegen sie sich vertheidigen könne. *) — Häufig enthält auch die Replik eine *mutatio libelli*, woraus denn der Beklagte vorzüglich seine Defensions- und niederschlagseifrige Aufmerksamkeit richten muß.

V. In Ansehung

1) der gar nicht, oder nicht gehörig, vollzogenen *litis contestatio* und einer, vom Kläger, deshalb geschehenen Ungehorsamsbeschuldigung, sucht der duplicirende Beklagte durch Rückbezug auf seine der Einlassung vorausgeschickten Einreden, wo möglich, vor allen Dingen auszuführen: er sey zur Einlassung überhaupt nicht verbunden: es würde diese Einlassung eine vergebliche Handlung seyn; und es komme also auf deren Qualität auch gar nichts an.

Fehlen aber dem Beklagten solche Vertheidigungsgründe, und vermag er auch nicht auszuführen: die Einlassung sey wenigstens nothdürftig geschehen: d. h., man könne aus ihr, durch eine sinnige Auslegung, entnehmen, was er, an dem Grund der Klage, verneine oder zugestehe; so vollzieht er die Einlassung jetzt hier noch, oder verbessert sie. In Betreff

2) der vom Kläger nicht getadelten Einlassung, pflegt der Beklagte zu acceptiren, daß der Kläger, an selbiger, etwas auszusetzen nicht vermocht habe. Zugleich sucht aber der Beklagte auch noch gründlicher auszuführen, daß den Kläger die Beweislast treffe, im Falle daß die Klage Statt finden sollte. Auch bemüht er sich überhaupt, das dem Kläger obliegende Beweis-thema möglichst weit zu umgränzen.

*) Vergl. hier meine Note ** auf S. 5.

VI. Sollte der Kläger, in der Replikschrift, freiwilligen Beweis angetreten haben, so muß der duplicirende Beklagte zunächst prüfen, ob der Kläger auch das richtige Beweisthema zum Grunde gelegt habe, oder aber vielleicht eine *mutatio libelli* versuche. Ferner muß *) der Beklagte die Beweismittel anzufechten suchen, und auch wegen der Urkundenrecognition, Eidesdelation u. s. w., hier in der Duplik sich erklären, sobald der Kläger es in der Replikschrift gefordert hat. Auch muß er Fragestücke, zum Verhör der Zeugen, begeben, und überhaupt alles Dasjenige vollziehen, was ihm, als einem Producten, dann obliegen würde, wenn dem Kläger der Beweis bereits durch eine Interlocutoria geboten wäre. Unterläßt der Beklagte dies, so können ihn die Folgen des Ungehorsams, und des stillschweigenden Verzichts, auch hier treffen: weil der Kläger das Recht zu jener Beweisantretung hat, und also der Beklagte auch alles vollziehen muß, was, in Folge derselben, gesetzliche Befugniß des Klägers ist. **) Es kann aber auch der Beklagte sofort an dieser Stelle einen directen Gegenbeweis freiwillig antreten, wiewohl dieser, wenn er unterlassen wird, deshalb noch nicht für versäumt angesehen werden kann: denn es ist dies ein freiwilliger *actus merae facultatis*, und nicht *necesstatis*. Wenn jedoch der Beklagte die Zeugenaussage seines Gegners publiciren läßt, so kann dadurch ein gesetzliches Hinderniß eines directen Zeugengegenbeweises entstehen. Weniger zwecklich ist es, einen indirecten Gegenbeweis zu anticipiren. Auch ist mit dessen Unterlassung irgend eine Gefahr nicht verbunden: weil sie ein anderes Factum ***) zum Gegenstande hat, als der Hauptbeweis des Klägers. Vergl. Genslers Commentar über Martin: §. 157.

*) Auch dieses Muß hat kein legales Fundament im gemeinen Rechte. Vergl. oben S. 18 Note ***.

**) *Superflua non nocent*; aber durch den Vortrag eines *superfluum* kann man darum noch nicht dem Gegner eine Verbindlichkeit zu einem ὑπερβατον προταρον aufhalsen. Dies zur Antwort auf obigen Fehlschluss! M.

***) Dieses Wort ist *cum grano salis* zu deuten: denn auch die Personalqualität der Minderjährigkeit (als Theils vom Fundament der *exceptio restitutionis in integrum*), und der Weiblichkeit (als Fundament der *exceptio Steti. Vellejani*, ist ein solches Factum! M.

VII. In Ansehung von des Beklagten Antwort auf die eigentlichen Repliken des Klägers, welche die gemeinen zerstörenden Einreden zerstören sollen, gilt das Nämliche, was von des Klägers Antwort auf die That-sachen eben solcher Einreden gesagt wurde. (§. 77. V.)

VIII. Ist in der Replik auch eine Exceptionsschrift gegen eine Wiederklage enthalten, so replicirt nunmehr der Beklagte als Wiederkläger, sofort, hier in der Duplikschrift, ganz nach den Regeln des §. 77. VIII. folgenden. Daher erhält eine solche Schrift auch die Rubrik: »Duplik- und respve Replikschrift (oder Libell.)«

IX. Jene Duplik in der Hauptsache, und diese Replik gegen die Wiederklage, ist nun, gemeinem Pro-cesse nach, für den Beklagten und Wiederkläger, die letzte Schrift im ersten Verfahren, *) wenn nicht ein besonderer Grund eintritt, das Verfahren zu erweitern, oder den Actenschluß wieder aufzuheben. Daher pflegt der Beklagte, unter dem gewöhnlichen Widerspruche gegen Neuerungen, zu einem Erkenntnis zu schließen.

§. 78.

Duplikschrift des Wiederbeklagten.

Die dem *Kläger*, als Wiederbeklagtem, zustehende Duplikschrift steht unter den nämlichen Formprincipien, wie die Duplik des *Beklagten*. (§. 79.)

§. 79.

Erstes Erkenntnis, oder Sentenz nach geschlossenem erstem Verfahren.

Nach beendigtem erstem Verfahren hat der Richter ein Decisivdecret, — Bescheid, — Sentenz, über alle bisher verhandelten Streitpunkte zu ertheilen. Die *äußere* Form davon ist die allgemeine (§. 55.) Die *innere* Form — die Reihenfolge des *materiellen* Inhalts — aber muß hauptsächlich von der Eventualmaxime beherrscht werden. Der Richter befolgt also, bei der Prüfung der einzelnen Streitpunkte, die nämliche Reihenfolge, welche der Beklagte §. 75 hätte befolgen müssen.

Vergl. *Genslers* Grundsätze der Referirkunde pag. 153; und oben pag. 9, Nr. I. — VII.

*) Ich wiederhole hier meine Note *) auf S. 48.

Es kann aber das erste Erkenntniß sehr verschieden ausfallen : nämlich

A. entweder *definitiv* : und zwar in folgenden Fällen :

1) wenn sich der Beklagte *affirmativ* auf die Klage eingelassen hat, oder aus einem andern Grunde angenommen werden muß, die *actio* sey *probata* (z. B. wegen einer Rechtsvermuthung), während doch der Beklagte gar keine, oder keine erheblichen, peremterischen oder gemischten Einreden, der *litis contestatio* angehängt hat. Hier wird der Beklagte sofort gemäß dem Gesuche der Klage definitiv verurtheilt, insoweit nämlich dieses Gesuch den Gesetzen *) gemäß ist : d. h., aus der Wahrheit der Geschichtserzählung und der Subsumtion derselben unter die Normen des *jus scriptum* oder *non scriptum* consequent hervorgeht.

2) Wenn sich aus einer liquiden zerstörenden Einrede ergibt, daß die Klage nicht Statt finde, so lautet die Formel des Erkenntnisses : » *dass des Klägers Suchen nicht Statt finde.*«

3) Wenn die Parteien *in facto* harmonisch sind, und die Entscheidung bloß von einer Rechtsfrage abhängt. Wird in diesem Falle erkannt :

a) *gegen* den Kläger, so tritt die soeben sub 2) erwähnte Formel ein ; wird aber erkannt

b) *für* den Kläger (gegen den Beklagten), so ist die Formel eine verurtheilende definitive Sentenz : je nach der Natur der erhobenen *actio* und des rechtsgemäßen *Gesuches* vom Kläger.

B. Oder *von der Instanz entbindend* : **) und zwar :

1) im Gefolge von liquid gemachten Einreden. (Zeigt, namentlich, eine solche Einrede, daß die Klage noch nicht nata sey : mit der Formel : » *Klägers Suchen finde noch zur Zeit nicht Statt!*«)

2) Wenn die Klage entweder einen wesentlichen, *ex officio judicis* nicht corrigirbaren, Fehler hat, oder wenn der Kläger die rechte Proceßart nicht wählt.***)

*) Im weitläufigsten Sinne des Wortes : zufolge dessen namentlich auch Testamente und Verträge Gesetze heißen, (*Scil. inter partes!*) M.

**) Womit denn das „Von der Instanz abweisend“ correlat ist.

***) Diesen Fehler halte ich für einen solchen, der allerdings in den meisten Fällen *ex officio j.* corrigirbar ist;

Hier lautet das erste Erkenntniß: »*die Klage finde in der Maasse, wie sie angebracht ist, nicht Statt.*«

Eben diese Formel tritt ein, wenn der Kläger einer *liquiden processverhindernden* Einrede zwar erhebliche, aber leider *illiquide* Repliken gegenüber gestellt hat, ohne diese schon in der Klage erwähnt und der Einlassung mitausgesetzt zu haben. Archiv I. S. 456. *)

C. Oder *interloquirend*: nämlich

1) in Rücksicht auf die verzögerlichen Einreden. Der Regel nach wird dieser Einreden, wenn sie unerheblich oder *illiquid* sind, so wie auch der *illiquiden processverhindernden* Einreden, in der Formel des ersten Erkenntnisses nicht speciell gedacht, sondern nur mit den vagen allgemeinen Worten: »*Einwendens ungeachtet*« **) auf einmal niedergeschlagen. Nur in den *Gründen* des Erkenntnisses wird ausgeführt, *warum* auf jene einzelnen Einreden sämmtlich keine Rücksicht genommen worden sey: warum sie die Einlassung zu verzögern nicht vermögen. Es treten jedoch Ausnahmen ein: vorzüglich

- a) bei dem *Legitimationspunkt*;
- b) bei dem *Cautionspunkt*;
- c) bei den *gerichtsablehnenden Einreden*; und
- d) gemeinrechtlich auch bei der *exceptio spoli*.

Man bemerke über diese viererlei Ausnahmen Folgendes:

Ad a) Fehlt die Legitimation zum Processe gänzlich, so wird sie vom Richter besonders geboten: entweder im Allgemeinen, oder auch durch specielle Beziehung: auf *welche Weise* die Legitimation beizubringen sey: ***) gewöhnlich unter Bestimmung einer Frist, und unter Androhung einer Strafe. (Grundsätze der Referirkunst pag. 166.) Ist die Vollmacht nur *mangelhaft*, so ist die

und weiß es, zu meiner Erbauung, aus langer Experienz, daß ihn auch die Gerichtshöfe, praktisch, als einen solchen behandeln. M.

*) Dies ist nach der wahren Theorie, und — ich möchte sagen — nothwendig auch nach der vorherrschenden Praxis ein barer Irrthum. S. oben S. 5, Note *). M.

**) Nämlich: „Beklagter ist, Einwendens ungeachtet, sich einzulassen, schuldig. M.

***) Nämlich: durch nachträgliche Einreichung eines Vollmachtsbriefes. M.

allgemeine Formel: »dass Kläger besser als geschehen zu dem Process sich zu legitimiren, pflichtig sey.« Auch hier ist es zwecklich, den Mangel ausdrücklich hervorzuheben: z. B., »dass der Kläger die fehlende Bezeichnung des *objectum litis* nachzubringen, und auf diese Weise« u. s. w.) Ist die beigebrachte Vollmacht grundlos angefochten worden, so pflegt der Richter demungeachtet ausdrücklich über diese Albernheit oder Schikane zu erkennen: z. B. »dass des Beklagten Anwalt für hinreichend legitimirt zu erachten sey.« — Ist die erlangte Vollmacht beigebracht, oder ist der Fehler verbessert, so pflegt auch dies im nächsten Erkenntniß bemerkt zu werden: z. B., »dass nunmehr des Klägers Anwalt für hinreichend legitimirt zu erachten sey.«

Aehnliche ausdrückliche Decisionen kommen vor in Ansehung der *legitimation ad praxin*, und wegen der *persona standi in judicio*. In besonderer Hinsicht auf die Legitimation zur Sache, vergleiche man Genslers Handbuch über Martin: Abh. 5, und Ebendesselben Commentar über Nartin §. 34.

Ad b) In Betreff der von dem Kläger geforderten *Cautionen*, besonders wegen der Unkosten und der Wiederklage, ist so zu unterscheiden: Hat der Kläger einen Befreiungsgrund angeführt, und diesen bereits bescheinigt, so ist die gewöhnliche Formel: »dass er mit der von ihm verlangten *Cautio* zu verschonen sey.« Hat er die erheblichen Befreiungsgründe noch nicht bescheinigt, so wird er zur *Cautionsstellung* verurtheilt: jedoch die Bescheinigung des Befreiungsgrundes ihm freigelassen: gewöhnlich in Form einer Alternativa: z. B., »dass der Kläger entweder die von ihm geforderte Sicherheit zu bestellen, oder seine angebliche Ansässigkeit zu beweisen, habe.« Ist die *Cautio* mangelhaft bestellt, z. B. durch eine Privatversicherung eines Bürgen; so wird auf Abhülfe dieser Mängel interloquirt: z. B., »Würde der angebliche Bürge den von ihm ausgestellten Bürgschaftsschein gerichtlich anerkennen, so hätte der Kläger die von ihm geforderte *Cautio* gehörig bestellt.« Ist kein, oder kein erheblicher, Befreiungsgrund angegeben, so folgt die unbedingte Verurtheilung zur Sicherheitsleistung.

Ad c) Wenn die vorgeschützte *exceptio fori incompetentis*, *litis pendentis*, u. dgl., als liquid, aus den Akten, sich herausstellt, so ist die Formel gewöhnlich: »dass die Klage allhier« (vor diesem Gericht) »nicht

Statt finde.« Ist dabei dasjenige Forum gewiß, wohin die Sache gehört, so pflegt man auch sogleich dieses *competente* Forum bemerklich zu machen: z. B., »*dass der Kläger mit seiner Sache hier ab, und an das Consistorium, (in Ehesachen) »zu weisen sey.*« Wenn eine *Instanzen* unerlaubt übersprungen worden ist, so faßt man die Formel gewöhnlich dahin: »*dass die Sache zur Zeit noch nicht vor dieses Obergericht gehöre, sondern an den Richter erster Instanz zu verweisen sey.*«

Ist die *exceptio fori incompetentis* hingegen bloß *illiquid*, aber erheblich, (z. B. der Beklagte behauptet, er sey besonders privilegiert worden, aber hat die Urkunde über dieses Privilegium nicht beigebracht), so kann der Richter diese Einreden, wegen ihrer *Illiquidität*, nicht unbeachtet lassen; sondern er soll auf ihre Bescheinigung ausdrücklich interloquiren: denn solche Einreden befugen den Beklagten sogar, selbst die bloß eventuelle Einlassung zu unterlassen, bis ihre Wahrheit oder Unwahrheit erörtert ist. R. A. v. 1654, §. 37 und 40. Die Formel ist dann gewöhnlich: »*dass der Beklagte zuvörderst die angegebene Befreiung von dem ordentlichen Gerichtsstand, binnen Frist, zu bescheinigen verbunden sey.*« Ist die *exceptio litis pendentis* vorgeschützt, so muß die Formel gemäß dem Zwecke derselben abgemessen werden. — Verwandt mit der gerichtsablehnenden Einrede ist die *Perhorrescenz* des ordentlichen Richters. Liegen deren Gründe bereits als erwiesen in den Akten vor, so ist die Formel gewöhnlich: »*dass der Beklagte den vorliegenden Umständen nach, das Gericht, in dieser Sache, anzuerkennen, nicht pflichtig sey.*« Erkennt dies ein Obergericht, so fügt dasselbe gewöhnlich ein Verbot an den Unterrichter hinzu: er solle sich, in diesem Rechtsstreite, der Rechtspflege enthalten. — Sind zwar erhebliche Gründe der Perhorrescenz, aber ohne Bescheinigung vorgetragen, während jedoch die Partei sich sogleich zum Perhorrescenz-Eide erboten hat, so wird sofort bedingt auf dessen *Ableistung* erkannt: z. B., »*würde N. dahin schwören, dass u. s. w., so ist derselbe, vor diesem Gerichte, den Rechtsstreit zu verhandeln, nicht verbunden.* — Ist das Perhorrescenzgesuch unerheblich, so wird es sofort verworfen.

Ad d) Nach dem Gerichtsgebrauche wird die in *cap. 11 in Sexto de restit. spoliat.* für den Beweis der

exceptio spoli gesetzte Beweisfrist erst vom Richter, durch eine Interlocutoria, vorgeschrieben.

Martin, §. 155.

Ist sie freilich nicht gehörig begründet, so wird sie sofort ausdrücklich verworfen, mit der Formel: »*sie sey für unstatthaft zu achten.*« Ist sie aber gehörig begründet, und vom Kläger eingeräumt, oder sogleich bewiesen, so wird, gemäß ihrem Zwecke, erkannt: »*dass Beklagter, ehe ihm Kläger das spoliirte Object restituirt habe, auf die Klage sich einzulassen, nicht schuldig sey.*« Ist sie ganz, oder in einem wesentlichen Punkte, *verneint*, oder noch *illiquid*, so wird nunmehr erst auf Bescheinigung interloquirt: gewöhnlich dahin, »*dass zuvörderst der Beklagte schuldig sey, die vorgeschützte Einrede des spoli: Klägers Gegenbeweis vorbehältlich: binnen vierzehn Tagen, zu bescheinigen.*« Bei dieser Bescheinigung findet der Gebrauch aller ordentlichen, — auch der allerlangsamsten — Beweismittel Statt: Zeugen, Eidesdelation, u. s. w. Nach vollendetem Beweisverfahren wird dann definitiv abgesprochen: ob die Einrede bewiesen sey, oder nicht: so dass aber allenfalls auch auf ein Suppletorium oder Purgatorium erkannt werden kann. Wird sie nunmehr als bewiesen erfunden (z. B. etwa nach geleistetem Suppletorio, oder nach versäumtem Purgatorio!): so tritt die obige Formel wieder ein: »*dass der Beklagte, vor geschehener Restitution u. s. w., nicht schuldig sey u. s. w.*« Ist sie aber auch jetzt noch *nicht* erhärtet, so wird sie nunmehr aus dem Proceß geworfen, und der Beklagte sofort zur alsbaldigen Einlassung auf die Klage, für schuldig erkannt.

2) In Rücksicht auf die Hauptsache: d. h., entweder in Betreff des factischen Klaggrundes, oder, — wenn *dieser* eines Beweises nicht *bedarf*, — der gemeinen peremptorischen Einreden. Ist hier

a) die Einlassung noch gar nicht geschehen, oder doch nur fehlerhaft geschehen, und war eine peremptorische Frist zu ihrem Vollzuge noch nicht vorgeschrieben; so wird auf Einlassung, oder bessere Einlassung, allenfalls unter Anberaumung einer peremptorischen Frist, erkannt: z. B., »*dass der Beklagte, in einer anderweitigen vierzehntägigen Frist (in einem anderweitigen Termine) auf die Klage (besser als geschehen) zu antworten pflichtig ist: unter dem Rechtsnachtheile, dass widrigenfalls u. s. w.*« (anzudrohendes Praejudiz). Wenn aber die peremptorische Frist schon

vorgeschrieben war, so wird sofort zufolge des ange-
drohten Praejudizes erkannt: z. B., »dass nunmehr die
Einlassung des Beklagten, des Ungehorsams von
demselben wegen, als eine verneinende, geschehen,
der Beklagte aber seiner zerstörenden Einreden für
verlustig, zu achten sey. Würde nun der Kläger,
binnen vier Wochen peremptorischer Frist, den Grund
seiner Klage dahin beweisen: dass u. s. w.« (specielles
Beweisthema) »unter Vorbehalt von des Beklagten di-
rectem Gegenbeweise, so erginge sodann, wegen der
Hauptsache und Unkosten, ferner was Rechtsens. —
Jedoch ist der Beklagte die durch seinen Ungehorsam
verursachten Kosten zu erstatten verbunden.«

Martin, §. 152.

b) Wenn hingegen die Einlassung als eine tadel-
lose bereits vorliegt, oder doch, wie man sagt, zur
Nothdurft geschehen ist, (d. h.: so, dass man aus ihr
entnehmen kann, was verneint, und was gestanden, seyn
solle), so bestimmt nun das Interlocat: *wer zu bewei-
sen habe, und was zu beweisen sey.* Ist nun der
Grund der Klage ganz oder zum Theil verneint, und
der Kläger steht auf keinen Fall von der Beweislast zu
entheben; so wird demselben der Beweis der vernein-
ten Punkte der *litis contestatio* auferlegt; selbst als-
dann, wenn eine gemeine zerstörende Einrede, welche
eine Klage begründet, bereits als gänzlich liquid in den
Acten vorläge. Martin §. 164, Not. 1). *)

Dabei treten nun die Regeln von der Bestimmung
des Beweisthema's ein.

Archiv I. S. 339 folgend.

Der Aussersächsische Richter pflegt gewöhnlich die
Klage als „nicht statthaft“ zurückzuweisen, und auch
der Kläger in die Unkosten zu verurtheilen; jedoch
nur bedingt: d. h., auf den Fall, dass er nicht ver-
möchte, das vorgeschriebene Beweisthema zu erhärten.
Daher die gewöhnliche Formel: „dass die Klage nicht
Statt finde, der Kläger auch verbunden sey, sämt-
liche Unkosten des Rechtsstreits allein zu tragen:
er könnte und wollte denn, binnen vier Wochen zer-
störender Frist, wie Recht, beweisen, dass u. s. w.“
(specielles Beweisthema). „Hingegen bleibt dem Be-
klagten der Gegenbeweis vorbehalten; und ergeht so-
dann in der Hauptsache sowohl als wegen der Un-

*) Vergl. hier meine Note * auf S. 11. M.

kosten fernere Rechtsgebühr.“ Zu billigen sind eigentlich dergleichen bedingte Interlocutorien nicht: wegen des möglicherweise ganz verschieden ausfallen müssenden Endresultates: d. h., Enderkenntnisses. *)

Vergl. aber Genslers Grundsätze der Referir-
kunde pag. 162, Note 46.

Weit zweckmäßiger ist wohl diejenige ausser Sachsen sehr übliche Formel, in welcher der, wenigstens eventuell geschehenen, Einlassung, und der Rechtsfolgen der Einlassung, gedacht wird.

Vergl. Danz §. 132 und meinen Rechtsfall Nr. 34.

Sollte der Kläger bereits freiwilligen Beweis angetreten haben, und dieser ist vollkommen ausgefallen, so wird der Beklagte sofort verurtheilt; ihm jedoch der noch nicht geführte **) directe Gegenbeweis, so wie der Beweis der etwa vorgeschützten Einreden, als indirecter Gegenbeweis, freigelassen. In Rücksicht auf den *Letztern* ist dann aber auch dem *Kläger* der directe Gegenbeweis vorzubehalten. Daher die Formel: »*dass der Kläger Dasjenige, was er zu beweisen unternommen, wie Recht, erwiesen habe; daher der Beklagte schuldig sey* (Verurtheilung: gemäß dem richtigen Klaggesuche); *es könnte und wollte denn Letzterer, binnen Ordnungsfrist, erweisen: entweder dass: u. s. w. (Beweisthema des directen Gegenbeweises); oder auch, dass u. s. w. (Beweisthema des Grundes der peremptorischen Einreden). In Ansehung des letzteren Thema's bleibt der Gegenbeweis dem Kläger vorbehalten, und ergeht sodann weiter, was den Rechten nach sich gebürt.*« Liegt der anticipirte Beweis nur unvollkommen vor, so darf noch *nicht* auf ein Suppletorium oder Purgatorium erkannt werden; sondern nur auf bessern Beweis: mit Bestimmung einer peremptorischen Beweisfrist:

*) Eine Ausnahme von dieser Genslerschen Generalrüge bilden aber diejenigen *sententiae interl. mixtae*, worin der Richter einen Notheid, oder mehrere Notheide, auferlegt, oder ein *juram. in litem* zugesteht. M.

**) D. h., „nicht vollständig geführte — *id est* gelungene“: denn daß er ihn *citra terminum probatoriale peremptorium* schon versucht, aber nicht mit vollem, oder auch mit gar keinem, Erfolge, versucht hat, schadet ihm: denn er hat es *citra obligationem, superflue* gethan; und mit Recht nennt es Gajus eine Barbarei, den *diligentior* in eine *conditio deterior* bringen zu wollen, als den *minus diligentem*. l. 8. *D. de compens.* (XVI. 2.) M.

denn die gesetzlichen Eide sind nur *subsidiarische* — nur Notheide. Martin, §. 197. Archiv I. pag. 143. Note 4.

Es wird daher der Kläger, in diesem Falle, gewöhnlich zurückgewiesen: unter der Resolutivbedingung: »*er könnte denn besser als geschehen beweisen u. s. w.*«. Dabei muß der Richter das Beweisthema speciell *) vorschreiben. Im Falle, wenn Kläger dem Beklagten, über die verneinten Punkte der Klagschrift, **) den Schieds-eid eventuell angetragen hat, kann (wenn dieser Eid statthaft ist) in dem ersten Erkenntnis sofort auf Ableistung dieses Eides erkannt werden: je nach Verschiedenheit der folgenden Fälle, verschieden: wenn der Eid angenommen, oder aber referirt worden war. ***) Hat sich der Beklagte über die Acceptation oder Relation noch gar nicht erklärt, so wird, nach gemeinem und nach Sächsischem Rechte, dahin erkannt: »er sey zu schwören pflichtig: es wäre denn, daß er sein Gewissen mit Beweis vertreten, oder den Eid zurückgeben«, (natürlich Letzteres nur, soweit dieser Eid nicht seine, des Delaten *alleinige* Handlung betrifft!) ****)

c) Hat der Beklagte die wesentlichen Thatfachen der Klage eingeräumt, oder der Kläger ist der Beweislast enthoben, oder die Klage soll, nach den *Landesgesetzen*, in *contumaciam* für eingeräumt erachtet werden, und es hat der Beklagte keine, oder keine er-

*) D. h. detaillirt. M.

**) Besser: der ächten Einlassung und etwa auch des Fundaments der (anticipativen oder nicht anticipativen) Repliken oder Tripliken. Vergl. meine Note **) auf S. 16. M.

***) Dies ist aber so zu verstehen: der Richter hat unter solchen Umständen dieser seiner Beweisinterlocutoria ein solches Proceßleitdecret hintanzuhängen, wie er es auf eine, erst im Beweisantrittsstadion der Beweisinstanz erfolgende, Eidesannahme oder Rückschiebung zu erlassen, Pflicht trägt. Obiger Ausdruck von Gensler: „zugleich auf *Ableistung erkannt werden*:“ ist daher entweder *cum grano salis* zu deuten: (indem er in allen denen Fällen, wo sich der Delatus nicht gegen die *Statthaftigkeit* des Eides, bewaiseinredend, gewehrt hat, und wo alsdann freilich der Hauptbestandtheil des fraglichen Nebendeckretes *Productions-erkenntnis - Natur* hat!) bloß soviel als „verfügt werden“ bedeutet; oder — Gensler versirt hier *in errore et tumultu*. M.

****) Ich habe gegen diese Form im Wesentlichen: d. h., *materiell*: nichts einzuwenden; aber eine *bizarre Form* bleibt sie immer.

heblichen, Einreden vorgeschützt; so tritt natürlich, nach A. 1, die *definitive* Verurtheilung ein. Hat er aber erhebliche, vom Kläger, ganz oder zum Theil, verneinte, eines Beweises bedürfende, Einreden vorgeschützt, so wird dem Beklagten, im ordentlichen Prozesse, der Hauptbeweis, d. h., der Beweis der peremtorischen und gemischten Einreden, auferlegt: und zwar, nach der gewöhnlichen Formel, *bedingt*: d. h., unter vorangehender Verurtheilung, mit dem Nachlasse jenes Beweises, z. B., »*dass der Beklagte schuldig ist, u. s. w.* (Verurtheilung); *er könnte und wollte denn, binnen Ordnungsfrist, die vorgeschützte Einrede der Zahlung, wie Recht, erweisen. Dagegen bleibt dem Kläger der Gegenbeweis vorbehalten, und ergeht sodann weiter u. s. w.*« Das Beweisthema wird hier gewöhnlich nur durch die Benennung der Einrede angedeutet, kann aber auch speciell — detaillirt — explicite vorgezeichnet werden.

Archiv I. 356 folg,

Eine andere Formel gedenkt auch hier der Einlassung, mit deren Folgen: z. B., »*dass der Beklagte, Einwendens ungeachtet, auf die Klage, sich einzulassen verbunden ist. Weil er nun dies, auf allen Fall,*) bereits gethan, und den Grund der Klage eingeräumt, dabei jedoch die Einrede der Zahlung vorgeschützt, hat; so bewendet es noch zur Zeit bei diesem Geständnisse; der Beklagte ist aber verbunden, die gedachten Einreden, mit Vorbehalt des klägerischen Gegenbeweises, binnen Ordnungsfrist, zu beweisen: worauf sodann, wegen der Unkosten, und der Hauptsache, ergehen wird, was Recht ist.*« — Bei der *ficta litis contestatio affirmativa* ohne Praejudiz des Verlustes der peremtorischen Einreden, wird auf die Versäumniss hingedeutet, welche das fingirte Geständniss zur Folge hatte: z. B.; »*dass der Beklagte schuldig sey, sich einzulassen. Weil er nun dies unterlassen, jedoch der Einrede des Vergleichs vorgeschützt hat; so ist er, seines Ungehorsams wegen, der Klage für geständig und überführt zu achten; die vorgeschützte Einrede aber binnen u. s. w. zu beweisen, pflichtig. Dem Kläger bleibt u. s. w.*« Bei der *praesumptio juris* sagt man schicklich: »*da nun der*

*) Das heisst: Nothfall. M.

Grund der Klage aus den Rechten und Acten erhellt u. s. w.«

Bemerkung. Oft enthält das erste Erkenntniß auch zurück- oder auswerfende rejectorische Decrete, neben einem verurtheilenden Erkenntniß: ob nun letzteres definitiv oder gemischt-interlocutorisch sey: z. B., »*dass des Klägers Suchen, insofern es auf u. s. w. gerichtet ist, nicht Statt findet; dagegen insoweit u. s. w. der Beklagte verbunden ist, auf die Klage sich einzulassen.* — *Da er nun Solches u. s. w.*«

Bemerkung 2. Auch manche Nebenpunkte: z. B. das Fallenlassen eines Theils der Klage, das Abfallen eines Litis Consorten, der Litis Denunciation, Interventio, Arrestgesuche u. dgl., können eine besondere Erwähnung in diesem Decrete erfordern. Dies geschieht dann an einem zwecklichen *Orte*, und hat eine zweckliche, der Theorie angemessene, *Formel*.

Abschnitt II.

Beweisinstanz des ordentlichen Processes.

§. 80.

Ueber das Beweisantrittsstadium des ordentlichen Processes, im Allgemeinen.

Jede Partei,

A. welche einen auferlegten Hauptbeweis antreten will, muß

1) zunächst genau prüfen, *welche Thatsachen* zu beweisen, ihr obliegt. Ist ein specielles Beweisthema nicht vorgeschrieben, so muß der Beweisführer in das Gebiet seiner Behauptungen zurückschreiten, und, nach gesetzlichen Principien, vorerst abmessen, welche Thatsachen in diesem Gebiete für wesentlich zu achten sind, und welche Momente jene wesentlichen Thatsachen zu stützen vermögen (ihnen adminiculiren). Ist ein Beweisthema rechtskräftig vorgesteckt, so hat er sich nur in diesem Gebiete zu bewegen: wiewohl ihm auch hier frei steht, dieses Beweisthema sowohl direct als künstlich (durch Schlussfolgerungen) zu beweisen. Archiv I. pag. 352, 362 folg.

2) Daneben muß er ernstlich forschen, welche Beweismittel ihm zu Gebote stehen, und ob er diese mit- und nebeneinander brauchen, i. e. häufen, könne. Denn jedes ihm bekannte Beweismittel — selbst die eventuelle *Eidesdelation* — muß er im Laufe des Beweistermins in Bewegung setzen: soll es für *diesen* Proceß nicht verloren seyn. Martin §. 270, 175.

3) Auch hat er zu überlegen: welche *Ordnung* er im Mechanismus des Beweises zwecklich zu beobachten habe: — nach welcher *Reihenfolge* er die einzelnen zu beweisenden Thatsachen nacheinander folgen lassen solle; so wie auch, ob er den Beweis auch gegen die eventuellen Behauptungen des Gegners mit zu richten habe: so daß die ganze Beweisschrift in mehrere materielle Abschnitte zerfallen kann: geordnet nach der *Eventualmaxime*.

B. Der Unternehmer eines *Gegenbeweises* hat eben jene Vorsicht, und eben jene Regeln, zu beobachten: insonderheit aber zu prüfen; ob er directen oder indirecten Gegenbeweis aufzupflanzen habe. S. Genslers Commentar über Martin, §. 125.

§. 81.

Ueber articulirte und nichtarticulirte Beweis- antretung.

Die Beweisantretung *selbst* geschieht, gemeinem Rechte nach, bald mit, bald ohne Beweisartikel.

Ohne Artikel kann der Beweis angetreten werden,

A. wenn er bloß durch *schriftliche Urkunden* geführt werden soll. In diesem Falle vereinigt sich gewöhnlich das Productions- und das Hauptverfahren: die Antretungsschrift ist zugleich auch Salvationschrift; und die Einredeschrift wider die Beweisantretung ist zugleich auch Impugnationsschrift. Martin §. 198.

Die innere Ordnung einer solchen Beweisantretungsschrift kann, im Falle wenn der Beweis durch ein richterliches *Decret* auferlegt wurde, zwecklich folgende seyn:

1) Bezug auf die beweisaufuerlegende Interlocutoria, und auf das, in derselben, vorgeschriebene — in Folle oder im Detail angegebene — Beweisthema. §. 79; Lit. c.;

2) eine kurze Erwähnung und Rechtfertigung der Beobachtung der vorgeschriebenen, und etwa auch ver-

längerten Beweisfrist. Im Falle einer Versäumniss bittet man, an dieser Stelle, sofort um Restitution: mit Angabe — und wo möglich auch Bescheinigung — der *causa restitutionis*.

3) Bezug auf die, wenigstens in Abschrift beizufügenden, Urkunden. Das Anlegen dieser Abschrift ist nur dann entbehrlich, wenn die nämlichen Urkunden dem Producten, in dem jetzigen Processe, schon einmal gerichtlich zugefertigt, oder *von ihm selber* producirt worden sind; oder wenn der Producent weder die Originale noch eine Copie besitzt, so daß erst Edition vorausgehen soll und muß. Jede Urkunde wird dabei mit einem Zeichen versehen, und ihre Qualität, nebst ihrem Inhalte, wird kurz bezeichnet: z. B., *um nun diesen Beweis zu führen, überreicht Producent hiermit, im Laufe des vorgeschriebenen Beweistermins, folgende Urkunden:*

1) unter A. einen, unter dem 6. Juli 1816, von dem fürstlichen Amte N. gefertigten, Kaufbrief über das streitige Haus;

2) einen Handbrief des Producenten selbst vom 11 Mai 1824, auf jenen Kauf sich beziehend.

4) Wenn es nöthig ist, eine Rechtfertigung der Beweiskraft, Glaubwürdigkeit und Aechtheit, jener Urkunden.

5) Die Deduction, daß in jener Urkunde wirklich Beweisgründe liegen, für die Ueberzeugung des Richters, von der Wahrheit des Beweisthema's, m. a. W. die *Salvatio probationis*. Denn diese Deduction ist nichts anderes, als eine Salvationsschrift, welche bei andern Beweismitteln als eine selbstständige Schrift erscheinen kann. Vid. den Anfang dieses §. Lit. A. Diese Deduction kann selbst dann geschehen, wenn die Urkunden noch einer besondern Recognition bedürfen, indem der Producent hierbei eventuell voraussetzt, der Product werde die Aechtheit der Urkunden nicht in Abrede stellen können. Hierauf folgt

6) das Processgesuch. Der Regel nach geht dieses dahin: die Beweisantrittungsschrift nebst Anlagen dem Producten mitzutheilen, und denselben auf eine Tagfahrt zur Anerkennung der Originalien vorzuladen. Sind es öffentliche Urkunden, so bleibt die letztere Bitte, gemeinem Rechte und der Regel nach, ganz hinweg: weil diese Documente einer ausdrücklichen Recognition nicht bedürfen, und es hinreichend ist, wenn der Product

ihre Aechtheit, in der Einredeschrift auf die Beweisantrittungsschrift, nicht bestreitet. Archiv II. pag. 318 folg.

7) Das Hauptgesuch: gewöhnlich dahin gerichtet: *den Beweis für geführt zu achten, und zu Gunsten des Beweisführers definitiv zu erkennen.* Wie dieses Enderkenntniß *lauten* solle, bezeichnet der Producent ausdrücklich in diesem Gesuche: d. h. er anticipirt, so zu sagen, auch hier das Definitiverkenntniß, gesuchsweise.

Anmerkung 1. Will der Beweisführer die Rechtfertigung sub 5) hinweglassen, um vielleicht, in einer besondern Hauptschrift, auszuführen, daß er bewiesen habe; so läßt er auch das Gesuch um die Definitivsentenz hinweg, und schließt nur mit dem Proceßgesuche Nr. 6.

Anmerkung 2. Ein Editions gesuch kann der Antretungsschrift *vorausgehen*: besonders wenn man nicht einmal eine *Abschrift* der Urkunden besitzt. In diesem Falle bittet man klüglich um Verlängerung oder Aussetzung der Beweisfrist, bis zur Erledigung des Editions punkts. Es kann aber auch das Editions gesuch mit der *Antretungsschrift* vereinigt werden: besonders wenn man wenigstens eine *Copie* anzufügen vermag. *) Wenn der Producent der Besitzer ist, so geht dann das Proceßgesuch dahin: »Bei der Mittheilung der Beweisantrittungsschrift demselben mittelst *Decrets* zugleich aufzulegen: das Original, in dem Productionstermine, herauszugeben und anzuerkennen, (wenn es der Recognition bedarf.) Auch wenn ein Dritter die Urkunden besitzt, kann, in der Antretungsschrift, zugleich gebeten werden, demselben die Edition zu gebieten, unter Anführung der Gründe, warum er dazu pflichtig sei.

Genslers Commentar über Martin §. 199. **)

Anmerkung 3. Nach gemeinem Proceß (R. A. v. 1654, §. 35, 39) *dürfen* (und nach manchen Landesgesetzen sollen ***) die Beweisurkunden der *Klagschrift* sofort *angefügt* werden. In einem solchen Falle zieht man jede Urkunde, mit ihrem Zeichen, an derjenigen Stelle der Geschichtserzählung, kürzlich an, welche durch

*) Jedoch nur unter der Bedingung, daß der Product der Besitzer von fraglicher Urkunde ist. M.

**) Auch dies erscheint mir gänzlich tumultuarisch und falsch. M.

***) Eine *stupide*, den Chicaneur begünstigende, Legislationsweise. M.

dieselbe bewiesen werden soll; fordert dann (gemeinem Rechte nach) dennoch *nur Einlassung* auf die Geschichtserzählung; und erst in der Replik Recognition der Urkunden *); insoweit selbige noch erforderlich ist; *deducirt* auch zugleich, daß man bewiesen habe: die *Aechtheit* der Urkunden *vorausgesetzt!!**)*

§. 82.

Beweisantritt durch Eideszuschub.

B. Wenn der Beweis durch bloße Eidesdelation angetreten wird, so kann, in der Antretungsschrift,

1) ebenfalls der Vortrag Nr. 1, 2 von §. 81 vorausgehen. Dann kann

2) die Erklärung folgen: man wolle dem Gegner den Schiedseid über das Beweisthema hiermit antragen. Ist das Beweisthema aber vom Richter nicht *speciell vorgeschrieben*, so muß man den Satz, oder die Sätze, worüber der Eid angetragen wird, vorzüglich genau und klar *herausheben*. Nach dem Gerichtsbrauche mancher Länder entwirft der Producent sogar selber die Eidesformel, und webt dieselbe entweder der Antrittsschrift ein, oder fügt sie, als eine Anlage, bei. Die *Rechtfertigung*: daß man bewiesen habe, fällt hier von selbst hinweg, weil man ja das Schicksal des Eides im Voraus nicht berechnen kann. Endlich folgt

3) das *Processgesuch*: gewöhnlich dahin: »dem Gegner, unter Mittheilung der Beweisantrittsschrift, mittelst Decrets, die Erklärung abzufordern: ob er den angetragenen Eid annehmen, oder zurückschieben, oder sein Gewissen mit Beweis vertreten, wolle.« (Im Fall aber, wenn der Eid die ausschließlichen Facta des Producenten betrifft, bleibt freilich das zweite Glied — das Zurückschieben — hinweg!)

Genslers Archiv II. S. 30.

*) Man *kann* sie fordern; — mit dem nämlichen Rechte, kraft dessen man Wasser trinken, oder *nicht* trinken, und suppliciren oder *nicht* suppliciren, kann oder darf. M.

**) Auch von dieser salvirenden *Deduction* gilt meine voranstehende Glosse über das anticipative Recognitionsverlangen. M.

§. 83.

*Beweisantritt durch Augenscheins-Einnahme-Gesuch,
oder durch Expertise-Nachsichtung.*

C. Wenn der Beweis nur durch Ocularbesichtigung, oder durch Sachverständige, geführt werden soll, so beginnt die Antretungsschrift

1) mit dem Vortrage von Nr. 1, 2 des §. 81; und dann folgt

2) wenn

a) *nur* um Ocularbesichtigung gebeten wird: sei es auch unter Beizug von Sachverständigen (diese jedoch nur als Gehülfen des Richters, Archiv I. 34): eine dahin gerichtete Bitte: »*dass, wo, und in Ansehung welcher Gegenstände, die Besichtigung verfügt und vorgenommen werden möge, desgleichen, dass der Befund des Gerichts zu den Acten protocollirt, und auch der Gegner zum Inspectionsactus beigeladen, werden möge.* Martin §. 205.

b) Wenn hingegen Sachverständige *neben* der richterlichen Besichtigung, oder auch *ohne* diese richterliche Besichtigung, ein *besonderes* Gutachten (Expertise) ertheilen wollen, und also die Qualität *selbstständiger* Beweismittel annehmen (als urtheilende Zeugen! Archiv I. 40 *), so ist es zwecklich, diejenigen Punkte, worüber geurtheilt werden soll — welche der *Gegenstand* des Gutachtens sind — besonders zu bezeichnen, und diese Punkte entweder der Beweisantrittungsschrift einzuweben, oder als eine besondere Anfüge beizulegen, mit der Bitte um Instruction und etwa auch um Beeidigung der vorgeschlagenen Experten. Je nach der grossen Verschiedenheit der Fälle, nach dem Gegenstande und dem Zwecke des Gutachtens, ist aber hier das Gesuch auf vielfache Weise zu modificiren. Gewöhnlich fügt man hierzu noch das weitere Gesuch: *dem Producten freizustellen, gleichfalls* Sachverständige vorzuschlagen. Wird die Ocularbesichtigung von einem Obergericht erbeten, so bittet man, der Regel nach, zugleich um Ernennung einer *Commission*.

c) Wenn *nur* Kunstverständige, *ohne* gerichtliche Ocularbesichtigung, als Beweismittel gebraucht

*) Hier beziehe ich mich blofs, in Folle, auf den siebenundfünfzigsten Entwurf meiner Materialkritik p. 223 — 237. M.

werden sollen, so kommen ebenfalls die Regeln sub b) zur Anwendung.

Von einer *salvatio probationis*, in der Antretungsschrift, kann hier weder im Falle a, noch b und c, die Rede seyn: weil erst der *Befund* der Ocularbesichtigung, und respve der *Inhalt* des Gutachtens der Sachverständigen, als Beweisgrund abgewartet werden und zu den Acten kommen muß.*)

§. 84.

Cumulative Beweisantretung.

D. Auch dann sind *Beweisartikel* nicht nothwendig, wenn sich der Producent, zu *gleicher* Zeit, nebeneinander — cumulativ — sowohl der Urkunden, als der Eidesdelation und der Ocularbesichtigung (mit oder ohne Sachverständige), bedienen will. In einem solchen Falle müssen jedoch, in der Beweisantretungsschrift, die einzelnen Thatsachen, welche man durch einzelne Beweismittel darthun will, *geschieden* werden: um, bei jeder einzelnen Thatsache, diejenigen Beweismittel zu allegiren, durch welche gerade *diese* Thatsache bewiesen werden soll. Ja selbst wenn Zeugen, neben obigen Beweismitteln, gebraucht werden sollen, kann man die *Artikel*, (§. 85) auf die *Zeugen beschränken*; in Ansehung der übrigen Beweismittel aber den in §. 34, 35, 36 gedachten Weg wählen: nur mit unserer eben verlangten *Scheidung* der einzelnen *Beweissätze*; und so, daß man in der Antretungsschrift auch der Zeugen gedenkt; deren Artikel aber, *cum denominatione testium*, und mit dem Directorio (§. 36), als eine besondere Anlage, beifügt. In dem Falle einer solchen Häufung entsteht aber ein sehr zusammengesetztes Proceßgesuch: weil der Beweisführer, in Rücksicht auf jede einzelne Art der gebrauchten Beweismittel, den Richter ausdrücklich imploriren muß, **) was er deshalb verfügen möge: z. B., »den Producten zur Anerkennung des mit A. und B. bezeichneten Documents vorzuladen; zugleich auch ein Tagfarth zur gerichtlichen Beaugenscheinigung

*) Deutlich gesprochen: weil man den Stadtplan von Ninive nicht früher *anpreisen* kann, als — bis er gemacht ist! M.

**) Nämlich: in Gemäfsheit des papierverschimererischen Schlendrians unserer Deutschen Quasi-Advocaten „*imploriren mußs!!*“ M.

des streitigen Grundstücks, unter der Beiladung des Producten und der beiden ernannten Sachverständigen, zu bestimmen; die Besichtigung zu vollziehen, den Befund zu den Acten verzeichnen zu lassen, so wie die gedachten Sachverständigen, nach vorgängiger Vereidung, aufzufordern: ihr Gutachten über die unter C. anliegenden Punkte zu den Acten zu geben; weniger nicht, die ernannten Zeugen, zu Vereidung und Abhörung, über die unter D. beiliegenden Artikel, vorzuladen; dem Producten aber nachzulassen, der Production und Vereidung beizuwohnen, gleichfalls Sachverständige zu ernennen, und zulässige Fragstücke zu den Beweisartikeln beizugeben.«

Eine *salvatio probationis* ist auch bei dieser Beweisantretung, der Natur der Sache nach, nicht möglich: weil der grössere Theil der Beweisgründe ja noch erst hervorgebracht werden soll. Daher bleibt sie auch in Ansehung der Urkunden hinweg; sogar wenn diese auch einen grossen Theil des Beweisthema's bezielen.

§. 35.

Zeugenbeweisantritt.

Articulirt hingegen soll, *gemeinem Processrechte* nach, im *ordentlichen Processe* die Zeugenbeweisantrittung geschehen: i. e. das Beweisthema *) soll in einzelne Sätze zergliedert werden, von welchen jeder eine verständliche an die Zeugen gerichtete Frage enthält, und zwar auch eine Suggestivfrage seyn kann. Martin §. 183. Jede solche Frage heisst ein Artikel: besonders auch zum Unterschiede von den Fragen des *Producten*, welche vorzugsweise *Fragstücke* oder *Interrogatoria* genannt werden. Diese Vorschrift enthält, gemeinrechtlich, ein positiv wesentliches Formale: auf dessen Nichtbeachtung Nullität steht: jedoch nur eine heilbare: weil die Artikel hinwegbleiben können, ohne dass darum schon ein absolut wesentlicher Bestandtheil des Processes

*) Dies ist *cum grano salis* zu deuten. Um einer zeugenden Kammerzofe das Beweisthema des Ehebruchs ihrer verkauften und verrathenen Gebieterin abzufragen, fragt man sie nicht geradezu, trocken und barsch: „*Wahr, dass der Kammerjunker X. Y. Z. in der jüngsten Neujahrsnacht bei der Productin, in deren Bette, gelegen?*“ M.

verletzt wäre. Es ist daher Restitution gegen die Nichtbeobachtung dieser Formalität denkbar, so wie auch stillschweigende Beistimmung des Gegners. Handbuch S. 54 folg. Das Hauptforderniß jedes Artikels ist nun :

1) daß er sey

a) *pertinent*, i. e. aus dem Beweisthema selber gehoben — zu diesem gehörig, — oder doch

b) *relevant* oder *adminiculirend*: i. e., daß er ein Factum enthalte, welches, obgleich nicht direct aus dem Beweisthema gehoben, dennoch Einfluß hat auf Wahrheit oder Nichtwahrheit des Beweisthema's *), und mithin auf die Ueberzeugung des Richters. Z. B. bei dem künstlichen Beweise sind die Artikel nicht *pertinent*. **) Sie sind keine Bestandtheile des Beweisthema's selber; sondern nur die Vordersätze eines mit dem Beweisthema harmonischen Schlusses. Dadurch werden sie *relevant*, und respve *adminiculirend*: wenn nämlich, *neben* ihnen, auch *pertinente* Artikel aufgestellt sind, oder doch

c) auf eine solche Thatsache gerichtete Artikel, welche die Apperceptionsfähigkeit des Zeugen befestigen sollen: hauptsächlich aber seine *ratio scientiae* erforschen. Lit. C. in Rechtsfall Nr. 139 pag. 419 folg.

Archiv I. S. 382, §. 25.

2) Daß jeder Artikel aus einer einfachen, wenn auch suggestiven, Frage bestehe: welche der Zeuge, nach seiner subjectiven Fähigkeit, auf einmal übersehen, und allenfalls mit einem bloßen »Ja« oder bloßen »Nein«, oder mit: »Ich weiß nicht,« so beantworten kann, daß keine Zweideutigkeit, und kein Zweifel darüber, übrig bleibt, ob diese kurze Antwort auf den *ganzen Inhalt* sich beziehe. Nach dem ältern Gerichtsbrauche fängt jeder Zeugenartikel mit »Wahr« oder »Nicht wahr« an; (Martin §. 158), so daß der Richter, bei dem Verhöre, nur die Worte »Ist es« voranzustellen braucht, um so der Zeugen, mit den eigenen Worten des Artikels, befragen zu können. Diese Form ist jedoch nicht wesentlich; sondern auch der Zeugenartikel kann, wie jede andere deutliche Frage, geformt werden: ja sogar als ein *nicht* fragender Satz, dessen Inhalt der Richter, mit

*) D. h., diese Wahrheit erhärten hilft. M.

**) Hat dies ein würdiger Schüler von Aristoteles, Locke, Kant, Fries, Condillac, Destutt-Tracy, oder Dégérando, geschrieben? M.

den nämlichen Worten, zu einer Frage umbilden kann.*) Es sind also die Artikel einzelne getrennte Sätze; und sie haben keinen periodischen Zusammenhang (Martin §. 183); allein sie stehen dennoch unter den Regeln einer bestimmten innern Ordnung und Form.

A. *Ist vielleicht nur eine* Beweisführung erlaubt, so muß man die successive Reihenfolge der einzelnen in ihr enthaltenen Haupt- und Gegenbeweise zur Scala von der Reihenfolge der Artikel legen: z. B., wenn der Kläger mit dem Beweis anfangen soll,

1) die Artikel über den factischen *Klaggrund*; dann

2) die Artikel wegen der Nichtwahrheit der peremtorischen *Einreden*; hierauf

3) die Artikel wegen der Wahrheit der eigentlichen *Repliken*; und hierauf

4) die über Nichtwahrheit der *Dupliken* des Beklagten.

B. Auch in dem Gebiete jedes einzelnen, in jener Beweisführung enthaltenen Haupt- oder Gegenbeweises muß die Reihenfolge der dem einzelnen Abschnitt angehörigen Zeugenartikel, in klarem Zusammenhange, chronologisch, sich entwickeln.

C. Die oben in Nr. 1 Lit. C. bemerkten Artikel, welche die Perceptionsfähigkeit oder *rationem scientiae* der Zeugen betreffen, müssen denjenigen Artikeln vorausgehen, welche zur Sache selbst gehören. (Rechtsfall Nr. 139, pag. 42.)

D. Ueberhaupt muß man die Reihenfolgen der Artikel so ordnen, daß sie sich, insoweit sie das nämliche Factum zum Gegenstande haben, als eine zusammenhängende Erzählung wieder auflösen lassen, und daß jene Habilitäts- und Wissenschaftsartikel an einer schicklichen Stelle vorangehen, oder respve eingreifen.

E. Die Beweisformalien in den Artikeln zu rechtfertigen: ist ein, in manchen Ländern, üblicher unschicklicher Gerichtsbrauch: denn diese Rechtfertigung gehört entweder in die Beweisantrittsschrift (in das sogenannte Praesentationsschreiben, §. 86.) — oder erst in das etwa entstehende Productions- oder in das Hauptverfahren. Dagegen ist es

F. zuweilen nicht unschicklich, das Beweisthema, in einem besondern Artikel, an die Spitze zu stellen:

*) Dies mag sich der geistreiche Verfasser von „*Pfisters Criminalfällen*“ hübsch gesagt seyn lassen. M.

besonders wenn es in der Beweisinterlocutoria nicht speciell vorgezeichnet steht, und man in dem Praesentationschreiben das Beweisthema nicht entwickeln will; und auch da, wo man auf einen andern Abschnitt des Beweisgebäudes übergehen will. (Lit. St. Nr. 1 — 4 ist es dienlich: voran des Beweisthema's zu erwähnen, *gegen* welches man loszielen, oder *für* welches man Beweis führen, will.)

G. Andere Artikel — ausser der vorerwähnten — einzuweben: worüber die Zeugen *nicht* verhört werden sollen: z. B. *articuli juris, negativi, consecutivi*, oder auch solche, bei welchen man bloß auf des Gegners, *in den nämlichen Acten enthaltenes, Geständniß* sich bezieht, sind, der Regel nach, ebenfalls unschicklich — wenigstens vergeblich (conf. Rechtsfall §. 124): indem ja, in der künftigen Salvationsschrift, die Aussagen der Zeugen mit dem Geständnisse des Producten, so wie mit Rechtsprincipien etc., zusammengestellt werden können, und dann so aus dem Ganzen deducirbar ist: *dass man bewiesen habe*. Es sind jedoch die *articuli consecutivi* (Folgerungsartikel) *alsdann* zwecklich, wann die Zeugen nur über Vordersätze — über factische Praemissen — vernommen werden sollen, aus welchen das Beweisthema nur, als Schlussfolge, *hervorgehen* soll. Dann tritt der *articulus consecutivus* an die Stelle des Beweisthema's. *)

H. Auch der gewöhnliche Schlussartikel: »*Wahr also, dass der Producent dasjenige bewiesen habe, was ihm oblag?*« ist eine überflüssige Form. Er ist höchstens dann schicklich, wenn der Producent, nach einem hie und da üblichen (ebenfalls nur Weitschichtigkeit befördernden) Gebrauche, die Beweisartikel zugleich, als eine zergliederte Salvation des Beweises, zusammenreihen soll. Vergl. Rechtsfall Nr. 139, pag. 421 bis 427.

I. Bei dem Zeugenbeweise muß auch nach dem Namen, Alter, und Stande, des Zeugen gefragt werden. Daher der gewöhnliche allgemeine *voranstehende* Artikel: »Wie Zeuge heiße, wie alt, und welchen Standes er sey, und wovon er sich nähre? Nach gemeinem Prozesse kann man diese Fragen auch dem *Producten* überlassen: daher sie denn häufig auch unter den allgemeinen

*) Das heist an die Stelle der Generalfrage nach der Wahrheit vom Objecte des Beweisthema selber. M.

Fragstücken vorkommen. Ebenso verhält es sich mit dem allgemeinen Artikel: »*ob Zeuge den Kläger und Beklagten kenne?*« Dieser Artikel ist jedoch, der Regel nach, nothwendig, um die *Identität der Personen* nicht im Zweifel zu lassen. Nach manchen Landesgesetzen soll der Richter diese Fragen *ex officio* supplieren.

K. Der Producent enthalte sich, in den Artikeln, solcher Worte, deren Sinn der Zeuge nicht verstehen, oder doch mißdeuten kann: z. B. »Producent: Product.« Rechtssätze und Urtheile gehören ohnehin nicht in Zeugenartikel.

L. Wenn die, in dem Beweisthema liegende, Behauptung aus *mehrern* einzelnen Factis besteht, von welchen der *eine* Zeuge nur *manche* kennt, *andere* Zeugen aber wieder einen andern Theil; oder auch so, daß manche Thatsachen allen oder mehreren Zeugen bekannt sind, ein anderer Theil aber nur einem einzigen Zeugen, u. dgl.; so wird nicht, für jeden Zeugen, eine unmittelbar nach einander folgende Reihe von Artikeln gefertigt, sondern das Beweisthema ist zu articuliren, i. e. als Geschichtserzählung chronologisch zu zergliedern, und zu jedem einzelnen Artikel, oder zu mehrern zusammenhängenden Artikeln, sind diejenigen Zeugen, oder ist derjenige einzelne Zeuge, zu bemerken, oder im Directorio benennen, welche Wissenschaft von dem Inhalte eben dieses Artikels, oder dieser zusammenhängenden mehrern Artikel, haben. Rechtsfall Nr. 124, pag. 303; Rechtsfall 139, pag. 428. Da nun aber, bei dem Verhöre der Zeugen, jeder Einzelne *nur* über alle *auf ihn* gestellten Artikel vernommen werden muß, nicht aber über die Artikel seiner Mitzeugen, (und zwar ohne alle Unterbrechung!), so muß der Verfasser der Artikel hauptsächlich auch dafür besorgt seyn, daß, wenn man die getrennten Artikel jedes einzelnen Zeugen aus dem ganzen Gebäude der Artikel herausreißt, dennoch *jeder* Artikel auch, *für sich allein*, und im Zusammenhange mit den übrigen Artikeln *dieses* nämlichen Zeugen, *verständlich* sey.

Der Verfasser der Artikel muß sich also ganz in die Lage denken, als habe er den einzelnen Zeugen gegenüber vor sich stehen, und frage ihn *selbst*. Wenn dann die für diesen einzelnen Zeugen gestellten einzelnen herausgerissenen Artikel auch in sich, geschlossen, zusammenhängend und verständlich sind, so sind sie *insofern* gehörig verfaßt.

M. Unter jedem Artikel, oder hinter einer Reihe zusammenhängender Artikel, worüber die nämlichen Zeugen verhört werden sollen, werden nicht unschicklich (wiewohl auch nicht wesentlich;) diejenigen Zeugen kurz bemerkt, welche darüber zu vernehmen sind: jedoch nicht mit ihrem Namen u. s. w., sondern mit derjenigen *Numer*, welche ihm der Producent im Directorio geben will. Sollen aber *alle* Zeugen über *alle* Artikel verhört werden, so ist dies natürlich vom Ueberflusse: weil dann selbst ein Directorium im speciellen Sinne entbehrlich wird. (§. 86) conf. Rechtsfall 139, hinter Av. 4, 9, 12, 18 etc. Rechtsfall 124.

N. Soll einem Zeugen, während des Verhørs, etwas *vorgezeigt* werden, so bemerkt man es zwecklich, unmittelbar *hinter den Artikel*, bei welchem die Vorzeigung geschehen soll. Soll hingegen dem Zeugen vorher, *ehe* noch das Verhör seinen Anfang nimmt, der streitige Gegenstand vorgezeigt werden, z. B. das *Local* (damit ihm dann in dem Verhöre der Artikel verständlicher sey!) so muß man um jenes Vorzeigen gleich in der Beweisantrittsschrift — in dem sogenannten Praesentationsschreiben — ausdrücklich bitten. Auch kann, an diesem Orte, nach Umständen, darauf angetragen werden: die Zeugen an dem streitigen Orte selbst zu vernehmen.

O. Die Zeugenartikel erhalten, *in fronte*, eine *Rubrik*. Rechtsfall 44.

P. Alle diese Sätze sind auch auf die Zeugenartikel des *Gegenbeweises* anwendbar.

§. 86.

Vom Präsentationsschreiben: besonders von der denominatio und dem directorio testium.

Uebergibt man einen articulirten Zeugenbeweis, so werden die Artikel nur, als Anlage, einem besondern Schreiben beigelegt, wodurch man erklärt, daß man den Beweis durch *Zeugen* antrete, und den Richter darum bittet: was er deshalb processualisch verfügen möge. Diese Schrift ist die eigentliche Beweisantrittungsschrift, führt aber den Namen *Praesentationsschreiben*. In ihr braucht man die Zeugen nicht mit ihren *Namen* aufzuführen. Es müssen vielmehr die Namen der Zeugen in dem sogenannten *Directorio*, unmittelbar hinter dem letzten Zeugenartikel, speciell angegeben werden: so daß

a) jeder Zeuge, mit seinem Tauf- und Geschlechtsnamen, auch mit seinem Wohnorte, oder doch wenigstens, statt des Taufnamens, mit seinem *Charakter*, *Gewerbe* u. dgl. bezeichnet wird, damit eine *Verwechslung* nicht möglich sey. Diese Bezeichnung heißt *Denominatio testium*. Dannist auch

b) gleich hinter der Bezeichnung jedes einzelnen, hinter eine Numer gesetzten, *Zeugen*, die Reihe derjenigen *Artikel* anzugeben, *über welche* er vernommen werden soll. Dieses Artikelverzeichniß ist nun das *Directorium*: weil der Richter, bei der Abhörung eines solchen einzelnen Zeugen, jenes Artikelverzeichniß vor sich legen, und die einzelnen Zeugen *nach* jener, vom Producent angegebenen, Reihenfolge der Artikel verhören muß — gemäß diesem Willen des Producenten das Verhör dirigiren muß. Rechtsfall 44, pag. 129; Nr. 124, pag. 393; Nr. 139, pag. 428. Will jedoch der Producent *alle* Zeugen über *alle* und die *nämlichen* Artikel vernommen wissen, so muß er zwar die *Denominatio testium* nach Lit. a. vornehmen, das *Directorium* aber kann er hinweglassen, und an dessen Stelle, hinter der Denominatio, die Worte setzen: »*alle Zeugen zu allen Artikeln.*«

§. 87.

Fortsetzung.

In dem Praesentationsschreiben *selbst* besieht man sich

1) auf das, den Beweis auferlegende *Decret*, und auf das Beweisthema, wenn man dies nicht als den ersten Artikel an die Spitze stellen will. Dann folgt

2) die Erklärung, daß man in der laufenden Beweisfrist den Beweis hiermit durch Zeugen antrete, und zu diesem Zwecke die unter s. s. anliegenden Artikel überreichen wolle. Nöthigenfalls rechtfertigt man hier auch die etwa zweifelhaften *Beweisformalien*, oder bittet um Restitution. Hierauf folgt

3) das *Processgesuch*: gewöhnlich dahin geformt: »*Unter Mittheilung dieser Beweisantretung nebst den Artikeln, an den Producten, eine Tagfahrt zur Vorführung der Zeugen anzuberaumen, (Productions-termin) und auf diesen Termin sowohl die Zeugen, zur Vereidung und Abhörung, vorzuladen, als auch den Producten: um die Vereidung mitanzusehen, und, im Fall er wolle, zulässige Fragstücke beizugeben.*«

Anmerkung 1. In Ansehung solcher Zeugen, welche in einem andern Gerichtsbezirke wohnen, oder ein *forum privilegiatum* haben, muß man um Requisition, oder respve um Bericht, bitten: damit der Zeuge entweder *dort* verhört, oder hierher gestellt — sistirt — werde. Diese Bitte um Requisition oder Bericht wird entweder dem *Processgesuche* kurz eingewebt (z. B., »den Zeugen, resp. durch Requisition des Amts NN., resp. durch Bericht, zur Ableistung vorladen zu lassen u. s. w.«); oder sie wird besonders angehängt. Letzteres geschieht vorzüglich dann, wenn man voraussieht, der Zeuge werde *nicht* hierher gestellt werden. Z. B., »insonderheit geschieht hierdurch der Antrag: das Gericht des ersten Zeugen um dessen Vortadung, Vereidung, und Abhörung, so wie auch darum, zu ersuchen: den darüber gefertigten Rotulus dem Gerichte der streithängigen Sache zu übersenden.«

Anmerkung 2. Das Praesentationsschreiben erhält seine eigene Rubrik: z. B., »Beweisantrittsschrift mittelst Zeugen, i. S. etc.« oder »Beweisantrittslibell.«

§. 88.

Von den Fragstücken.

Die dem Producten freistehenden *Fragstücke* (*interrogatoria*) Martin §. 187, erhalten folgende Ordnung:

1) An der Spitze eine *Rubrik*: wie die *Beweisartikel*, z. B. »Fragstücke i. S. etc.« Der Producent nennt sich hier *zuerst*. Hierauf folgen zunächst

2) die allgemeinen, dem ganzen Verhör über den Beweisartikel *vorausgehenden*, Fragstücke: sämmtlich, mit ununterbrochen fortlaufenden Numern. Man theilt sie theoretisch

a) in *persönliche*: d. h. solche, welche solche Umstände erforschen sollen, die die Person des Zeugen in ein seine Glaubwürdigkeit auflösendes, oder doch minderndes, Verhältniß zu den streitenden Subjecten, oder zu der Sache selbst, versetzen können: z. B. »Wie Zeuge zu diesem Zeugnisse komme? Ob er nicht mit dem Kläger (Beweisführer) verwandt sey? und wie nahe? oder ob er unterrichtet worden sey: wie er aussagen solle? Ob er Schaden oder Nutzen von dem Ausgange dieses Rechtsstreits zu hoffen habe?«

Auch können diese Fragstücke *specielle* Verhältnisse der Zeugen berühren: z. B. » *Ob Zeuge nicht im Brode des Klägers stehe? Ob er nicht das streitige Haus dem Kläger verkauft habe?*« Alle diese Fragstücke machen also den *Anfang*; stehen aber unter theoretischen *Beschränkungen*;

Martin: §. 187.

b) in *Präliminaria ad causam*: i. e. solche, die auf das *Material* des *Beweisthema's* selbst Bezug haben, und, gemäß der Absicht des Producten, dem Verhöre des Zeugen über die Artikel des Producenten, *ebenfalls* so *vorausgehen* sollen, wie die persönlichen Fragstücke unter 1). Dergleichen Fragstücke haben die Natur eines *Gegenbeweises*: bisweilen des *directen*, bisweilen auch des *indirecten*; und eben daher sind sie theoretisch *unstatthast*; (Siehe unter Nr. 4 Lit. a.)

3) ein *Directorium* über die allgemeinen Fragstücke: wenn nicht *alle* Zeugen über *alle* Fragstücke *dieses* Schlages vernommen werden sollen.

Der *Zweck* und die *Form* dieses Directoriums sind die nämlichen, so wie bei dem Directorio über die *Beweisartikel*: nur daß in dem Directorio über die allgemeinen *Fragstücke* die Zeugen nicht mit ihrem *Namen*, u. s. w., angegeben werden; sondern bloß mit derjenigen *Numer* zu bezeichnen sind, welche ihnen der Producent, in dem Directorio über die *Beweisartikel*, gegeben hat.

4) Die *besondern* oder *speciellen* Fragstücke zu den *einzelnen* Zeugenartikeln. Ueber diese Art der Interrogatorien soll der Zeuge erst unmittelbar nach seiner Antwort auf diejenigen *Artikel* vernommen werden, wozu die speciellen Fragstücke beziehungsweise gestellt sind: d. h.: ehe der Examinant zu einem *andern* Artikel vorschreitet, muß er den Zeugen auch über die speciellen *Fragstücke* des *beantworteten* Artikels verhören. Gemäß diesem *Zwecke* der Fragen fangen sie, zu jedem Artikel, mit Nr. 1 an; oder, wenn die Fragstücke zu *mehreren* Artikeln *zugleich* gestellt sind, *ebenfalls* jedesmal mit einer *neuen* Nummernreihe. Wird nur *ein* Fragstück zu einem Artikel, oder auch zu mehreren Artikeln, aufgepflanzt, so erhält es gar keine Numer, sondern zwecklich die Ueberschrift: »*einziges* Fragstück zu Artikel 3.« Wenn, zu *mehrern* Artikeln, *gemeinschaftliche* Specialfragstücke aufgeworfen sind, so wird der Zeuge erst über *alle* jene

zusammengefassten Artikel vernommen; und dann hintendrein über sämtliche dazu gehörige *Fragstücke*.

Die speciellen Fragstücke erhalten kein Directorium; sondern unter jedem einzelnen Fragstücke, oder hinter dem letzten einer zusammenhängenden *Reihe*, werden diejenigen Zeugen, oder wird derjenige Zeuge, welche über diese Fragstücke zu vernehmen sind, bloß mit der Numer bemerkt, welche sie in dem Directorio über die Zeugenartikel, führen. Der Zweck solcher Interrogatorien ist: *rationem scientiae* des Zeugen zu erforschen; desgleichen, Dunkelheiten des Artikels, zum Vortheile des Producenten, aufzuhellen. Daher *zergliedern* bisweilen die Fragstücke die, in den Artikeln, *gehäuften* Thatsachen: um den Zeugen zu einer *speciellen* Antwort auf die Einzelheiten zu nöthigen: z. B. »*Woher der Zeuge dieses wisse? Ob er selber es gesehen und bemerkt habe? Ob er denn wisse, was ein Vergleich sey? Ob Z., während der Verhandlung, immer gegenwärtig geblieben sey? Ob er nicht vielmehr ab und zugegangen sey?*« Neben ihnen kennt man nun auch

a) *specialia ad causam*: i. e. solche, welche Thatsachen zum Gegenstande haben, die nicht bloß in dem betreffenden Artikel *nicht* enthalten sind, sondern sogar aus den *Einreden* des Producten, oder aus seinen Dupliken, oder (wenn der *Kläger* Product ist!) aus seiner Replik hergenommen sind. Da *diese* Fragstücke Stoff zu *indirecten* Gegenbeweisartikeln enthalten, welche — metaphysisch betrachtet — einen *selbstständigen Hauptbeweis* bilden; so sind sie theoretisch *unerlaubt*: weil auf diese Weise der jetzige Producent, als künftiger Product, um *seine* Fragstücke zu den indirecten Gegenbeweisartikeln betrogen wird. *)

c) Ferner *solche*, die nur das *directe Gegentheil* der im Artikel enthaltenen Thatsachen zu Tage fördern sollen: mit andern Worten: das »*Nicht wahr*« des, im Artikel enthaltenen »*Wahr*.« Diese Fragstücke *ad causam* sind auch **) *theoretisch* erlaubt: weil hier das *nämliche*, vom Producenten, als wahr zu erweisende Factum als Object — Ziel — vorschwebt, und, genau

*) *Quia ad interrogatoria non dantur interrogatoria! M.*

**) Nur was *theoretisch* erlaubt ist hat auch practische Statthaftigkeit. Praxis ist nicht äqual mit tumultuarischem *Schlendrian!* M.

beleuchtet, durch sie, auch nur die *ratio scientiae* erforscht werden soll.

Durch allzuviele Fragstücke kann der Product sich selber *) schaden: besonders durch eine unkluge *Zergliederung* der einzelnen im Artikel gehäuften That-sachen: weil hierdurch leicht eine specielle Antwort des Zeugen veranlaßt werden kann, welche dem Producten selber nachtheilig wird; während, wenn der Zeuge nur generell auf die vag abgefaßten *Artikel* geantwortet hätte, der Product daraus einen Grund hätte entnehmen können, die *Glaubwürdigkeit* der Aussage eben dieses Zeugen anzufechten. Uebrigens können die Fragstücke aller Art, eben so suggestiv abgefaßt werden, wie die Beweisartikel. **)

5) Nicht wesentlich ist die gewöhnliche Schluss-clausel: »*Das Uebrige wird der richterlichen Amtspflicht und Dexterität überlassen.*«

Die Interrogatoria werden gewöhnlich der *Beweis-
einredeschrift* (§. 42) beigefügt; können aber auch, mit einem Präsentationsschreiben, *separat* übergeben werden; und in manchen Ländern sogar noch im Productionstermine selber ehe die Zeugen vereidet und abgehört werden. ***)

§. 39.

Cumulativer Beweisantritt.

Auferlegte Beweise, zu welchen der Producent, neben Zeugen, auch *andere* Beweismittel brauchen will: (Martin §. 157) besonders wenn eine *bedeutende Mehr-*

*) Nur in *solchen* Fällen, wo der Zeuge, in Wahrheit, mehr Details kennt, und also auch zu deponiren vermag, als der Product dem Richter gern zu Kenntniss bringen möchte. — Wer keine *Antwort* wünscht, muß keine *Frage* stellen! M.

**) Gensler theilt hier, so wie die gesammte Praxis und die Proceßmetaphysik, die in meinem LXVIIIten Entwurfe der *Materialkritik* pag. 274 — 771, gegen Martins §. 187 aufgestellte Behauptung. M.

***) Dies ist denn höchst vernünftig und klüglich. Den Grund dierer meiner Behauptung mögen diejenigen Wein-, Kost-, Bier- und Kaffeewirthe enträthseln, bei welchen das Geschlecht unserer Actuare zu Imbiss, Trunk, Tabak und — Orakelspruch geht. — Als einstweiliges Surrogat dienen aber z. B. die Seiten 75, 133 und 134 meiner *Materialkritik*. M.

heit verschiedener Beweismittel *concurrirt*, werden, auch ausser Sachsen, in Rücksicht auf *alle gehäuften* Beweismittel, oft articulirt verfaßt, (wiewohl nicht *nothwendig*!) so daß die *Zeugenartikel* mit andern Artikeln, wozu *Urkunden* producirt werden, oder worüber der Eid deferirt wird, oder eine Ocularbesichtigung, oder ein Gutachten Sachverständiger, erwirkt werden soll, u. dergl., als ein geschlossenes, das Beweisthema mit allen seinen Nebenumständen, erschöpfendes Ganzes in derjenigen Folge hintereinander herlaufen, wie die chronologische Entwicklung des Beweisthema, wenn man dasselbe in eine Geschichtserzählung auflöst, es erfordert. Zu den *Nichtzeugenartikeln* wird dann das gewählte betreffende Beweismittel ebenso *allegirt*, wie bei den *Zeugenartikeln* der Zeuge. Was nun

1) von den *Zeugenartikeln in specie* gesagt ist (§. 85), das muß, bei den *Zeugenartikeln*, auch hier beobachtet werden. Hingegen

2) die *Urkundenartikel* können umfassender seyn: weil deren Wahrheit nicht durch Fragen, sondern durch des Richters Vergleichung mit dem Inhalte der dazu angezogenen *Urkunden*, erforscht werden soll.

3) Die *Eidesartikel* fasse man so, daß der Product genöthigt werde, *bestimmt* darauf zu antworten, und daß ihr verneinter Inhalt leicht in die Eidesformel umgegossen werden kann.

4) Diejenigen Artikel, welche zur Grundlage *) einer Ocularbesichtigung, oder eines Gutachtens von Sachverständigen, dienen sollen, können wie jeder andere Satz geformt werden, dessen *Wahrheit* ein Dritter beleuchten, oder worüber er seine Meynung eröffnen soll: mithin bald als bloße Behauptung, bald als Anfrage an die Sachverständigen, so daß sie mit den *Zeugenartikeln* viele Aehnlichkeit haben. Auch binnen diesem Gebiete ist der Producent zu einer *Zergliederung* der einzelnen Thatsachen nicht zwangspflichtig; wiewohl es zwecklich seyn kann, diejenigen verschiedenen Detail - Punkte, worüber die Sachverständigen vernommen werden sollen, auf die angegebene Weise zu trennen.

Nota. Wenn über das nämliche thatsächliche Verhältniß die nämlichen Subjecte, sowohl als Zeugen, als in der Qualität von Sachverständigen, vernommen werden sollen, so vergesse der Producent nicht, in der Beweis-

*) D. h. zum Gegenstande. M.

antretungsschrift, ausdrücklich auch darum zu bitten, daß diese Subjecte sowohl mit dem Zeugeneide als mit dem Eide der Sachverständigen belegt werden möchten. Endlich muß

5) hinter der ganzen Reihe der obigen Artikel nicht nur

a) eine *denominatio testium cum directorio* hinzugefügt werden; sondern auch

b) ein *Verzeichniß* sämtlicher *Beweisurkunden* (§. 34.): und zwar hier erst hinter der *denominatio testium*. Auch kann man

c) hinter dem Urkundenverzeichnisse diejenigen Artikel besonders herausheben und bezeichnen, worüber eine Ocularbesichtigung gebeten, oder der Eid angetragen ist, oder worüber Sachverständige ernannt sind.

Nota. Auch in Ansehung der Kunstverständigen kann man, unmittelbar hinter derjenigen von den Zeugen, eine besondere Denominatio entwerfen: mit Bezeichnung derjenigen Artikel, wozu sie ernannt sind. Gewöhnlich aber pflegt man *ihre* Namen in der Beweisantrittsschrift aufzuzählen; und daher ist es ausreichend, an der Stelle sub c, lediglich bloß die Artikel nochmals anzudeuten, wozu sie ernannt sind.

6) Das Gesuch des Präsentationsschreibens, mit welchem solch ein articulirter Cumulativbeweis übergeben wird, muß dann, auf einmal, um alles Das einzeln bitten, was der Richter, in Hinsicht auf jede Art der gehäuften Beweismittel, zunächst, processualisch, verfügen möge. *) Rechtsfall Nr. 139.

§. 90.

Productionsverfahren.

Ist dem Producten ein angetretener Beweis zugefertigt worden: **) namentlich um seine *Einreden* dagegen vorzubringen (Martin §. 181, 200, 209, 217, 218), (sey es nun ein einfacher oder ein zusammengesetzter Beweis), und will er von diesem Vertheidigungsrechte *Gebrauch* machen; so erhalten seine Beweisreden, gemäß der Eventualmaxime, folgende zweckliche Reihenfolge:

*) „und zu verfügen *Pflicht* trägt: selbst wenn der Product dieses Gesuch *nicht* stellt“: setze ich hinzu. M.

**) Das heißt das Duplicat einer Beweisantrittungsschrift! M.

1) Diejenigen, welche die *Formalien* des Beweises betreffen: hauptsächlich die *exceptio desertae probationis*: denn wenn eine solche Einrede durchgreift, so kann ja die positive Nichtigkeit des Beweises *alle übrigen* Streitpunkte *abschneiden*. Es gehören hierher, ausser der Versäumniss, auch alle formwidrigen Beschaffenheiten, welche den, binnen der Beweisfrist, angetretenen Beweis als positiv nichtig darstellen können: z. B. Zeugenbeweis ohne beigelegte Artikel (*gemeinem* Rechte nach!)

2) Diejenigen Einreden, welche das *richterliche Verfahren* als unvollkommen, und als die Vertheidigung des Producten beschränkend, anfechten können: z. B. die dem Duplicate der Beweisantrittsschrift nicht beigefügte Abschrift der Beweisurkunden.

3) Diejenigen Einreden, welche das *Material* des Beweises selber anfechten: als dem *Beweisthema* nicht entsprechend: z. B. Irrelevanz aller Artikel, oder Sätze, welche der Producent zu beweisen suche; oder Irrelevanz einzelner herausgehobener Artikel oder Sätze. — Wenn eine *gänzliche* Irrelevanz *aller* Beweissätze behauptet und deducirt werden kann, so ist auch *hier- von* die *exceptio desertae probationis* eine Folge: weil ein *irrelevanter* Beweis *gar* kein Beweis ist. *)

4) Die gegen die *einzelnen* Beweismittel gerichteten Einreden: z. B. wegen Inhabilität des einen oder des andern *Zeugen*, wegen wesentlicher Fehler der *Urkunden*, wesshalb sie incognoscibel erscheinen; wegen Unzulässigkeit des angetragenen Schiedseides, in Bezug auf das Proceßobject, u. dergl.

Form und *Gang* einer solchen Exceptionsschrift ist ganz einer Exceptionsschrift auf die *Klage* ähnlich. In Rücksicht auf die Einreden ist auch eine *Bitte* zwecklich: abgemessen nach deren beabsichtigter *Wirkung*: z. B. »dass der Beweis für versäumt, die Zeugenartikel 6, 8 u. s. w. für verwerflich, der Zeuge 2 für unzulässig, die Eidesdelation für unstatthaft, die Urkunden für irrecognoscibel, zu achten seyen,« u. dgl.

Ueberall muß aber hier der Product die möglichste *Liquidität* herzustellen suchen: denn diese Einreden haben **) die Natur der *processverhindernden*: — sie

*) So wie ein räthsel- und fehler-volles *Lehrbuch* nur dem Namen nach ein *Lehrbuch* ist! M.

**) D. h. *analogisch*. M.

sollen *beweisverhindernde* Einreden seyn. (Martin §. 147.) Ist daher der Product, in Rücksicht auf jene erforderliche Liquidität, nicht ganz sicher, so contestirt er gleichsam eventuell *litem: i. e. litem probationis*: d. h., er willigt eventuell ein in die Vereidung und Abhörung der Zeugen, *salvis exceptionibus*; er übergibt *Fragstücke*; er recognoscirt eventuell die als irrecognoscibel angefochtenen *Urkunden*; er läßt sich eventuell auf jene angefochtenen Sätze ein: worüber ihm der *Eid* angetragen steht; erklärt sich auch eventuell über Acceptation, Relation, oder Gewissensvertretung: zumal wenn das vorausgegangene *Decret*, oder das Gesetz, diese Handlungen unter einem besondern bestimmten *Rechtsnachtheile* gebietet: z. B., daß die *Urkunden* für anerkannt, der *Eidesartikel* für eingeräumt, geachtet werden soll, u. s. w. Ueberall aber behält sich der Product jene vorausgegangenen Einreden, zur weitem An- und Ausführung in dem Hauptverfahren, vor. Auf diese Weise werden, analogisch, *beweisverhindernde* Einreden gleichsam *hinter der litis contestatio wiederholt*, um sie noch als gemeine zerstörende Einreden einst, in der Impugnationschrift, benutzen zu können. (vid. Comment. über Martin §. 144.)

Anmerkung. Uebergibt der Product die Einredeschrift ehe ihm noch die Beweisurkunden, in der *Urschrift*, vorgelegt worden sind, so behält er sich auch, wegen der Recognition, jene Einreden bloß vor: er recognoscirt sie nicht einmal *eventuell*. (Rechtsfall 45, p. 134.)

§. 91.

Verhandlung über die Beweiseinreden. (Beweisreplik.)

Will nun der Richter ein besonderes Productionsverfahren gestatten, und ist dies *landesgesetzlich*, so entsteht auch hier eine *Replik* des Producenten: welche jedoch, der Regel nach, erst nach *abgehaltenem Productionstermine* zu den Acten gebracht wird: (Rechtsfall Nr. 45.) In dieser Replik sucht der Producent die Einreden des Producten zu widerlegen: insonderheit als *illiquid* darzustellen. Hat der Product *Fragstücke* übergeben, so sucht der Producent diese entweder sämtlich, oder doch theilweise, als *unzulässige* darzustellen; und bittet, die unzulässigen zu verwerfen. Hatte der

Product etwas zu vollziehen: z. B., Urkunden anzuerkennen, auf Eidesartikel sich einzulassen; so prüft der Producent, ob dies geschehen, und *gehörig* geschehen, sey, und beschuldiget, wenn sich ein Mangel vorfindet, den Producten desfalls des Ungehorsams: mit der Bitte: »den *gesetzlichen oder angedrohten Rechtsnachtheil, gegen den Producten, auszusprechen.* (Vergl. Rechtsfall 45, pag. 139 ad V.) Der Producent *schliesst* nun, mehr dieses Verfahren.

§ 92.

Fortsetzung (Beweisduplik).

Die hierauf folgende *Duplik* des Producten sucht dessen Einreden näher zu rechtfertigen, und die desshalbigen Repliken zu entkräften; die angefochtenen Fragstücke zu retten; die angeklagten Fehler der Recognition, u. dergl., zu justificiren; und durch Nachhülfe, (z. B. durch eine bessere Recognition, durch eine bestimmtere Erklärung auf den Eidesartikel, u. s. w.) dem Praejudiz auszuweichen, welches der Producent wider den Producten erkannt wissen will. Rechtsfall 45, pag. 140. Damit schliesst auch *er* nun zu einem Erkenntniss.

§. 93.

Anleitung zum Abfassen des Zeugenrotulus.

Siehe hierüber unten, den Anhang.

§. 94.

Vom Productionserkenntnisse.

Hat der Richter ein ausschließliches Productionsverfahren, schriftlich oder protocollarisch, eingeleitet, so muß er, an dessen Ende, über alle, in demselben verhandelte Streitpunkte, gleichzeitig *erkennen*; und so entsteht das sogenannte *Productionserkenntnis*, welches als *interlocutio mixta* anzusehen ist: denn in demselben müssen nicht nur die seitherigen Streitfragen entschieden, sondern es muß auch zugleich proceßleitend ausgesprochen, werden, was nunmehr, der *zulässigen* Beweismittel und des Beweises wegen, von Seiten des Gerichts und der Parteien, geschehen solle und müsse. Wird der Beweis, als *versäumt*, oder

als ganz irrelevant und daher desert, verworfen, so sind *hiermit alle* Streitpuncte erschöpft, geradeso wie wenn die Klage, im *ersten* Erkenntniß, als überhaupt unstatthaft zurückgeworfen wird. Wird aber der Beweis, im Allgemeinen, für *zulässig* erachtet, so muß sich nun der Richter speciell über alle einzelnen Streitfragen verbreiten: er muß auch *ex officio* das ganz Untaugliche auswerfen, und das, für den Proceßgang, Nöthige, zugleich veranstalten: mithin den angefochtenen Beweis für *nicht* versäumt, die angefochtenen Beweismittel für *nicht* verwerflich, erkennen; er muß alle *unzulässigen* Artikel und Fragstücke *ausdrücklich auswerfen*, hingegen aber die *zulässigen*, mit einer allgemeinen Formel, für statthaft erklären. Ferner muß der Richter hier erkennen: ob der Product zu der verweigerten Recognition der Urkunden, zu der unterlassenen Erklärung auf den Eid, pflichtig sey, oder nicht; und im ersteren Falle: was nunmehr, durch den Producten, geschehen müsse, um jene Verbindlichkeit zu erfüllen. Ueberhaupt hat der Richter die Folgen unterlassener pflichtmäßiger Handlungen des Producten auszusprechen. Die illiquiden Einreden werden, in diesem Erkenntnisse, zur weitem An- und Ausführung im Hauptverfahren, *vorbehalten*. Vid. Rechtsfall Nr. 46, pag. 154, 156, und Rechtsfall 112, pag. 350, (wo das Productions- und das Reproductions-Erkentniß *verschmolzen* sind.)

§. 95.

Hauptverfahren.

Ist nun entweder *ohne* ein vorangegangenes Productionserkenntniß, oder auch *hinter* einem solchen her, Alles geschehen, was, nach der Natur jedes gebrauchten Beweismittels, geschehen konnte und sollte, (z. B. sind die Zeugen verhört, und ist der Rotul eröffnet, sind die Urkunden *anerkannt*, oder für *anerkannt erachtet*, sind die definitiven Eide geschworen etc., ist die Ocularbesichtigung vollzogen, und das Protocoll darüber — respve das Gutachten der Sachverständigen — zu den Akten gekommen); so nimmt nunmehr das Hauptverfahren seinen Anfang (Martin §. 173), insofern als die Natur der benutzten Beweismittel ein solches *erfordert*, oder insofern als das Hauptverfahren sich nicht schon

mit der Beweisantretung vereinigt hat *) (§. 34.) Diese sogenannten *Disputirsätze*, *Hauptschriften*, *Beweisdeductionen* u. dergl., haben den allgemeinen Zweck, auf die richterliche Ueberzeugung einzuwirken: resp. daß der Beweis geliefert sey (*Salvationsschrift*), oder nicht geliefert (*Impugnationsschrift*). Sie sind eine schriftliche Schlussrede an das Gericht: einem mündlichen Plaidiren ähnlich **); und es muß daher der Verfasser seinen Blick auf den *ganzen* Proceß rückwärts kehren: weil hier das Resultat aller bisherigen Verhandlungen gezogen werden soll. Daher muß er auf den Ursprung und auf die Entwicklung des ganzen Processes zurückgehen, um Dasjenige in der Schrift historisch voranzusetzen, was zur Einleitung und zur Grundlage der eigentlichen Ausführung dienen kann (*Deductio*): resp., es *sey* bewiesen, resp. *nicht*. Die Hauptbestandtheile einer solchen Schrift sind daher die Bestandtheile einer Deduction (§. 22 b.), und es erscheint daher in ihr

- 1) eine *Erzählung*: und zwar
 - a) unbestrittener Thatsachen, welche man mit dem Namen *Geschichtserzählung* bezeichnet, und
 - b) der äußern Entwicklung des Processes selbst, mit a. W. eine *allgemeine* oder *äußere Processgeschichte*,
- 2) ein *Thema*, welches der Schriftverfasser behauptet: nämlich entweder
 - a) *er habe* bewiesen, oder
 - b) sein *Gegner habe nicht* bewiesen.
- 3) Die juristische Ausführung dieses affirmativen oder negativen Satzes (eigentliche Deduction).
- 4) Endlich der *Schluss*: d. h. das *Gesuch* um das richterliche Erkenntniß: resp. es *sey* bewiesen, resp. es *sey nicht* bewiesen: mit angehängter Consequenz, (z. B. »daß mithin Kläger und Producent ab- und zur Ruhe zu weisen sey.)

*) Sollte heißen: „in dem Beweisantrittslibelle schon *anticipirt* liegt.“

**) D. h. das jämmerliche Surrogat von zweien Plaidoyers gleichen Zweckes und Gehaltes! Vergl. hauptsächlich v. Feuerbachs Panegyrikus auf die öffentliche und mündliche Justizpflege: auch den ebenso genialen als sachkundigen Verfertiger der *kalten Aufschläge auf die herrschenden Kopfkrankheiten der Zeit*. (fünften Theils von *Welt und Zeit*)! M.

§. 96.

Impugnationslibell

Wenn nun der Product, nach der Regel des gemeinen Processes, mit der Impugnationsschrift den Anfang macht: so läßt er

I. eine Geschichtserzählung, so wie der Stoff dazu vorhanden ist, und, auf jeden Fall, eine äußere Proceßgeschichte, (nach den Begriffen des §. 8) zu dem Zwecke vorangehen: den Richter oder Referenten dahin zu führen, was denn der Producent eigentlich zu beweisen gehabt, und durch welche *Beweismittel* er dies unternommen, habe. Die *Resultate* der Beweismittel (z. B. die Aussagen der Zeugen, der Inhalt der Urkunden, etc.) werden, in jener äußern Proceßgeschichte, nicht mit vorgetragen, sondern das Ausheben und Vortragen der *Beweisgründe* gehört erst in den ausführenden Theil (III. 4.). Hat nun der Product jenen geschichtlichen Theil geendigt, so macht er nun

II. die Thatfachen bemerklich, welche Producent zu beweisen gehabt, und stellt hierbei den Satz auf: derselbe habe *nicht* bewiesen, oder doch nicht *vollkommen* bewiesen, was er beweisen sollen und wollen. Dann geht der Product

III. ein in das *Material* der Sache selbst, um diese Behauptung unter II. juristisch zu *rechtfertigen*. Das Ganze ist ein Angriff des gegnerischen Hauptbeweises, und der Product muß daher sowohl die Formalien als die materiellen Resultate der Beweismittel zu untergraben suchen. Er wendet sich daher

1) zu den *Formalien*: ob nämlich der Beweis zur gehörigen *Zeit* angetreten sey; dann

2) zu der Prüfung, ob die aufgestellten *Beweisätze* dem Beweisthema wirklich entsprechen: (mit a. W. nicht irrelevant sind): denn die *exceptio desertae*, oder *plani irrelevantis*, probationis kann auch noch im *Hauptverfahren* an- und ausgeführt werden: wenn nicht ein rechtskräftiges Productionserkenntnis im Wege steht. Hierauf wendet er sich

3) zu der Beschaffenheit der einzelnen Beweismittel, um deren Beweiskraft im Voraus zu untergraben. (Z. B. er sucht die Unfähigkeit der einzelnen Zeugen, oder doch den ihm gegen dieselben streitenden Verdacht, auszuführen: — entweder mittelst Bezuges auf dessen eigene Aussagen zu den Artikeln und Frag-

stücken, oder auch durch besonders beigebrachte Bescheinigungen —: denn auch dies wird unter dem Vorbehalt einer weiteren An- und Ausführung der Einreden, im Hauptverfahren, mitverstanden, (§. 46 b. a. E.) Ebenso sucht der Product die Beweiskraft der Urkunden, wo nicht aufzulösen, doch zu mindern: jedoch, dort und hier, ohne noch in das *Material* der Zeugenaussagen, oder des Inhalts der Urkunden, *weiter* einzugehen, als zum Zwecke der Minderung der Beweiskraft erforderlich ist. Eben dies kann in Hinsicht auf andere Beweismittel (z. B. Sachverständige) zur Anwendung kommen. In diesem Gebiet befindet sich also der Product gleichsam im Gebiete des Productionsverfahrens. Er führt hier, sub Nr. 3, in der Hauptschrift, diejenigen Einreden gegen die Beweismittel aus, die er im Productionsverfahren nicht vorschützen wollte, oder die dort, wegen ihrer Illiquidität, in das Hauptverfahren verwiesen wurden. Alles hat den Zweck, daß nun der Product

4) in der jetzt folgenden eigentlichen Deduction: der Gegner habe *nicht*, oder doch nicht *vollkommen* bewiesen, Rückbezug auf jene Aufhebung, oder Minderung, der Beweiskraft der angefochtenen Beweismittel nehmen könne. In diesem Gebiet (Nr. 4) muß der Product auf das *Resultat* der gebrauchten Beweismittel des Gegners hinsehen: er muß die *Beweisgründe* ausheben: z. B. die Aussagen der Zeugen, den Inhalt der Urkunden, u. s. w.: um hieraus zu deduciren: entweder dieses Resultat habe *gar keinen* Einfluß auf des Richters Ueberzeugung von dem Beweisthema: mit a. W.: der Beweisgrund sey irrelevant, und also gar kein Beweisgrund; oder er laufe sogar *gegen* die Wahrheit des Beweisthema's; oder, wenn es auch an sich relevant wäre, so verdiene es doch desswegen keinen Glauben, weil oben, Nr. 3, die mangelhafte Beschaffenheit des Beweismittels bereits ausgeführt sey. Hat der Product auch directen Gegenbeweis geführt, so muß er, nach vorgängiger Rechtfertigung seiner eigenen Beweismittel, das *Resultat* dieses directen Gegenbeweises herübertragen, um es den Beweisgründen des impugnirenden Hauptbeweises gegenüberzustellen, und so die Collision zwischen dem Haupt- und dem Gegenbeweise zu zeigen. Martin §. 180.

Anmerkung. Daß der Product einen solchen directen Gegenbeweis angetreten habe: ist auch oben, in dem geschichtlichen Theile, sub 1, mitzuerwähnen. Auch kann es zwecklich seyn, *gleich da*, wo man die

Beweismittel des Producenten zu schwächen sucht, III. 3, auch die Beweiskraft der Beweismittel des directen Gegenbeweises zu salviren.

Sollte das gegnerische Beweisthema in mehrere Sätze sich zergliedern, so muß auch der Product, in der Impugnationschrift, diese Sätze sub 4 *getrennt* prüfen, und bei jedem dieser Sätze sogleich aus dem directen Gegenbeweis herübertragen, was zu *diesem* Satz, als *Opposition*, gehört. Am Schlusse des Ganzen zieht dann der Product

5) das *Resultat* seiner ganzen Deduction: nämlich: »es sey *folglich nicht bewiesen*,« oder respve »es sey *mithin nur unvollkommen bewiesen*:« so daß wenigstens ein gesetzlicher *Eid* erkannt werden müsse. Im letzteren Falle sucht er wohl auch noch zu zeigen, dem Producenten sey nicht das *Suppletorium*, sondern ihm (dem Producten), das *Purgatorium*, zuzuerkennen. Martin §. 119. Dieses Resultat spricht er in einer Bitte aus, wie er nämlich wünscht: daß der Richter nunmehr, in der Definitivsentenz, erkennen möge.

Nota. In einer *solchen* Impugnationschrift, worin zugleich ein directer Gegenbeweis benutzt wird (Nr. 4), ist also auch: — genau beleuchtet: — eine wirkliche *Salvation* enthalten: nämlich die des directen Gegenbeweises. Allein da dieser in das Gebiet der reinen *Vertheidigung* gehört: — da ihm kein Angriff, im processualischen Sinne, zum Grunde liegt, so ändert seine *Salvation* den Namen Impugnationschrift nicht.

§. 97.

Salvationsschrift.

In der auf der Impugnationschrift gemeinrechtlich folgenden *Salvationsschrift* gibt auch der Producent

I. *eine Geschichtserzählung* und äußere Processgeschichte, um daraus hervorzuheben, was der Gegenstand seines Beweisthema's sey. Sollte jedoch der Product schon eine actentreue, vollständige Geschichtserzählung und Processgeschichte, in der Impugnationschrift, gegeben haben, so bezieht sich der Producent zwecklich auf dieselben, und berichtigt allenfalls nur Dasjenige, was sein Gegner im Einzelnen unrichtig oder unvollkommen vorgetragen hat. Dann stellt der Producent

II. *sein Beweisthema auf*, und muß es auch wohl hier erst normiren, wenn nämlich der Richter es nicht speciell vorgeschrieben hat. Sollte, im letzteren Falle der

Product, in der Impugnationschrift, dieses Beweisthema unrichtig oder erweitert aufgestellt haben, so berichtigt zuvörderst der Producent die Grenze seines Beweisthema. Hierauf stellt er den Satz auf: er habe dieses Beweisthema erwiesen, respve wenigstens bis zur Begründung eines gesetzlichen Eides. Nun erst wendet er sich

III. zu dem Material. Da es nun sein Zweck ist: den unternommenen Beweis, sowohl der Form als dem Resultate nach, aufrecht zu erhalten, und letzteres so hoch als möglich zu steigern, so sucht er

1) die Formalien zu justificiren: indem er zugleich die desshalbige Impugnation des Producten (§. 48, III. 1) zu widerlegen strebt.

2) Wäre Zweifel vorhanden, daß die aufgestellten einzelnen Beweissätze mit dem Beweisthema nicht harmoniren, so sucht er, vor Allem, die Pertinenz und Relevanz zu zeigen: besonders wenn er sich im Gebiet einer künstlichen Beweisführung umherdreht.

3) Hierauf sucht der Producent die Glaubwürdigkeit und Beweiskraft seiner eigenen *producentischen* Beweismittel zu salviren; zugleich aber die dagegen vom Producten etwa vorgeschützten Einreden, als ungegründete oder als irrelevante, zu beseitigen. Auch der Producent geht hier noch nicht in das *Resultat* der Beweismittel ein: er beruft sich nicht auf Beweisgründe; sondern er sucht nur die *Person* des Zeugen als zum Zeugniß *habil* darzustellen, desgleichen die Urkunden, von der Seite ihrer Beweiskraft, zu rechtfertigen. Hätte der Product *Bescheinigungen* seiner Einreden beigebracht (§. 48, III. 3); so muß hier dem Producenten auch eine *Gegenbescheinigung* verstattet seyn. *) Hierauf schreitet er

4) in das *Innere* des Beweises selbst: um die eigentliche *Deduction*: er habe bewiesen, juristisch aufzupflanzen. Nun bezieht er sich also auf die *Beweisgründe* (*Zeugenaussagen etc.*): und bemüht sich auszuführen: diese Resultate der Beweismittel harmonirten allerdings mit dem Beweisthema, oder trügen wenigstens bei, **) den Richter von dessen Wahrheit

*) Dieser Weisheitsspruch war, so dünkt mir, zu *ersparen!* M.

**) Gibt es denu keine *indirecte* Harmonie? Heißt dies einen Gegensatz, *Anti-Thesis* aufstellen! — Logik! und immer

auch ohne Noth zu überzeugen. Ist ein Theil der ursprünglichen Behauptung, von deren Beweis jetzt die Rede ist, (z. B. ein Theil des factischen Klaggrundes oder der Einreden) in den Vorakten schon *eingestanden*, oder, durch einen anticipativen Beweis, schon dargethan, so daß das jetzige Beweisthema nur noch einen Rest seiner ursprünglichen Behauptung in sich faßt; so zieht jetzt der Producent jenes früher Gestandene oder Bewiesene *herbei*: um es mit den jetzigen Beweisgründen zu verweben, und so ein Ganzes daraus zu bilden. Zugleich kehrt sich der Producent gegen den etwa vorhandenen *directen Gegenbeweis*; sucht wo möglich dessen Versäumtheit zu zeigen, oder dessen Irrelevanz, oder wenigstens die Glaubwürdigkeit und Beweiskraft der dazu gebrauchten *Beweismittel* zu untergraben, wenn nicht dies, oben Nr. 3, bereits da geschehen ist, wo der Producent seine *eigenen* Beweismittel zu *salviren* gesucht. Der Producent sucht hier zu zeigen: daß eine *Collision* zwischen dem Haupt- und directen Gegenbeweis *nicht* vorwalte; daß sie wenigstens nicht von Bedeutung sey; und daß folglich der Hauptbeweis bei Kraft verbleibe. Nach Umständen benutzt er sogar das Resultat des directen Gegenbeweises *für sich selber*: als einen *Zuwachs* seines Hauptbeweises. (Commentar über Martin §. 180.) Auch hier tritt insonderheit ein, was §. 48 von der Zergliederung des etwa zusammengesetzten Beweisthema gesagt worden ist. Endlich zieht der Producent

5) sein Hauptresultat: nämlich, *daß er bewiesen habe*: wenigstens so weit, daß ein Suppletorium, oder, im schlimmsten Fall, ein Purgatorium, aufzuerlegen sey. Fühlt der Producent, daß er *gar* nichts bewiesen habe, so überläßt er die Prüfung des Beweises dem Richteramt; oder er kann vielleicht noch zur Eidesdelation seine Zuflucht nehmen: im Fall wenn er im Laufe des Beweisterrains diesen Vorsatz bereits geäußert hat. Durch diese Eidesdelation kann nun, ehe der Richter zur Definitivsentenz schreitet, ein *Incidentstreit* veranlaßt werden: worauf dann erkannt wird, ob der Product zur Erklärung über den Eid pflichtig sey oder

wieder Logik: sagt der Commentator vom „Geist der Gesetze“ (Graf Destutt de Tracy): und sagt der Erfinder der Aërodynamik (Dr. C. Aug. Erb): dies ist das *Eine*, was *Noth* thut: denn alles Andere fällt euch, mit ihr, von selber zu! M.

nicht. (Archiv I, pag. 155.) Nach Maafsgabe des gezogenen Resultats formt nun auch der Producent, am Schlusse der Salvationsschrift, ein Gesuch, wie er wünscht, daß der Richter erkennen solle.

§. 98.

Verknüpfung der Salvation mit der Impugnation.

A. Hat der Product einen *indirecten* Gegenbeweis geführt, über welchen, *zugleich mit dem Hauptbeweise*, definitiv erkannt werden soll (z. B. der Beklagte über die peremtorischen Einreden, ehe noch über den Beweis des Klaggrundes abgesprochen ist); so vereinigt sich mit der Impugnationsschrift *) auch eine wirkliche Salvationsschrift, weil der indirecte Gegenbeweis seinem Gegenstand nach ein Hauptbeweis ist. In diesem Falle gibt der respective Product und resp. Producent die Grundlage des indirecten Gegenbeweises auch schon oben, in der Proceßgeschichte, kurz mit an. Er erwähnt z. B. daselbst, welche peremtorische Einrede er vorgeschützt, und daß er deren Beweis unternommen habe. Nach beendigter Proceßgeschichte, in welche überhaupt der äußere Gang der Gegenbeweisführung miteingeflochten wird, wendet sich aber der Product zunächst ausschließlich zur Impugnation des gegnerischen Hauptbeweises, ganz nach den Regeln des §. 96. Ist diese Impugnation geendigt, so wendet er sich nunmehr zur Salvation seines indirecten Gegenbeweises. Nachdem er hier, zum Uebergange, das Thema oder die Themata seines indirecten Gegenbeweises wiederholt, oder näher bestimmt, hat, geht er, ohne Geschichtserzählung oder allgemeine Proceßgeschichte, sogleich in das Innere des indirecten Gegenbeweises ein: denn die Geschichtserzählung und jene Proceßgeschichte muß, als dem Gange des ganzen Processes angehörig, und also beiden Beweisen gemeinschaftlich, an der Spitze der ganzen Schrift, unmittelbar dem impugnirenden Theile vorausgehen. Tritt nun der Product und resp. Reproduc-
cent in das Innere des indirecten Gegenbeweises, so verfährt er ganz so, wie der Producent: nach den Principien des §. 97, Nr. III. 1 — 5. Dabei muß der Reproduc-
cent vorzüglich die Principien der Collision zwischen

*) Muß kraft der Logik heißen: „mit dem Impugnationsvortrage.“ M.

dem Hauptbeweise und einem indirecten Gegenbeweise, in das Auge fassen. Commentar über Martin §. 181. Die *Rubrik* einer solchen Doppelschrift ist dann: «*Impugnations - und resp. Salvationsschrift.*»

B. Im vorausgesetzten Falle eines, in eventum, geführten indirecten Gegenbeweises erscheint dann, in des Producenten und resp. Reproducenten *Salvationsschrift* (§. 97) auch eine wirkliche *Impugnations* jenes indirecten Gegenbeweises; ebenfalls gesondert von der *Salvation* des Hauptbeweises und der damit verwebten *Impugnations* des directen Gegenbeweises. (§. 96.) Nachdem nämlich der Producent, als solcher, seine *Salvation* nach den Regeln des §. 49 beendigt hat, wendet er sich nunmehr, mit einem kurzen Uebergange: zu dem indirecten Gegenbeweis, führt dessen Thema oder Themata an, und verfährt hierauf ganz nach den Grundsätzen des §. 48, III. Die Geschichtserzählung und allgemeine Proceßgeschichte fällt auch hier hinweg: denn sie ist, am Anfange der ganzen Schrift, entweder wirklich oder bezugsweise, bereits vorhanden. (§. 49, I.) Die *Rubrik* dieser Schrift ist: »*Salvationsschrift - und resp. Impugnationschrift.*»

Nota. Dieser doppelten Schrift sub A. und B. pflegt man kein doppeltes Gesuch anzuhängen; sondern erst nach beendigter *Impugnations* und *Salvation* pflegt man um das bezweckte Definitiverkenntnis, auf einmal, zu bitten.

§. 99.

Salvationsschrift.

Muß, nach Landesgesetzen, der Producent, z. B. der *Kläger*, mit dem Hauptverfahren den Anfang machen, so erscheint

A. in dessen erster Hauptschrift

1) die etwa mögliche Geschichtserzählung, oder, auf jeden Fall, die allgemeine Proceßgeschichte; (§. 48, I.) dann

2) das Beweisthema (Nr. II. §. 49.); hierauf

3) die *Salvation* des Hauptbeweises. (§. 49, III.); und endlich

4) die *Impugnations* des indirecten Gegenbeweises. (§. 49. III.)

B. In der darauf folgenden *Impugnations - und resp. Salvationsschrift* des Producten und Reproducenten wird

- 1) dasjenige befolgt, was §. 97, Nr. I. erwähnt wurde. Hierauf folgt
- 2) das Thema §. 96, Nr. II. Dann
- 3) die Impugnation des Hauptbeweises. (§. 96, Nr. III.) Und zuletzt
- 4) die Salvation des indirecten Gegenbeweises. (§. 98, Lit. A.)

§. 100.

Replik und Duplik im Hauptverfahren.

Im Falle jeder Partei entweder landesgesetzlich, oder vermöge besonderer richterlicher Erlaubniß, *mehr* als eine Schrift gestattet wird, so entsteht auch im Hauptverfahren eine Replik und Duplik. Da nun aber, wenn der Product anfängt, dessen erste Schrift: die Impugnationsschrift, eigentlich die Natur einer Exceptionsschrift hat, nämlich wider den Hauptbeweis, und da mithin die nachfolgende Salvationsschrift des Producenten die Natur einer Replik hat, so erhalten hie und da jene *überzähligen* Schriften auch den Namen Duplik und Triplik, so daß das Hauptverfahren mit der Triplik sich endigt. Oelze Anleitung zur gerichtlichen Praxis §. 246. Zweckmäßig werden diese Hauptschriften hie und da auch genannt: »*Submissionsschriften*,« oder »*endliche Beweisdeductionen*.«

§. 101.

Enderkenntniß — Definitivsentenz.

Sind auch die Hauptschriften zu den Acten gekommen, oder verzichtet oder versäumt, so folgt nunmehr die Definitivsentenz. Die *äußere Form* steht unter den allgemeinen Regeln. Grundsätze pag. 144, 182. Die *formula pronunciandi* aber (die eigentliche Entscheidung) muß nach dem Begriff und Zwecke eines Endbescheids, wenn der Beweistermin peremptorisch war, den Beklagten entweder verurtheilen, oder von der Klage entbinden: könnte auch jenes oder dieses nur *bedingt* geschehn: doch unter Auflage eines *gesetzlichen Eides*. Martin §. 179. Nur ausnahmsweise wird der Beklagte selbst in der *Definitivsentenz* bloß von der *Instanzen* entbunden: nämlich

- 1) wenn ein *wesentlicher Fehler* in der *Basis* des Processes liegt, und dieser auch durch eine Inter-

locutoria nicht gehoben ist; z. B., die Frage war wirklich dunkel, der Richter aber hat dennoch auf Beweis erkannt, und zwar generell, ohne ein Beweisthema speciell vorzuschreiben. In diesem Falle kann die Klage sogar nach geendigtem Hauptverfahren, als angebrachtermaassen unstatthaft, verworfen werden. *)

2) Wenn eine gemischte factische Einrede, z. B. eine vorhandene noch nicht existirende Bedingung, von dem Beklagten der *litis contestatio* angehängt, und in jenem indirecten Gegenbeweis wirklich bewiesen wurde. Hier kann das Erkenntniß nach der Hauptschrift dahin noch erfolgen: »*die Klage finde noch zur Zeit nicht Statt.*« Wenn nun

A. der Beweis sogar noch da, wo der Richter zur Prüfung von dessen *Resultat* vorschreiten will, offenbar als desert vorliegen sollte, so bedarf es zwar einer Prüfung von dessen *meritis* nicht, allein dennoch muß der Richter die entbindende oder verurtheilende *Folge* jener Desertion ausdrücklich aussprechen: z. B. wenn der Kläger den *Hauptbeweis* zu führen hatte: »*I. S. u. s. w. wird erkannt: daß der Beweis für versäumt zu achten, und daher der Beklagte von der Klage zu entbinden, der Kläger auch die Kosten u. s. w., zu tragen, pflichtig sey.*«

B. Findet der Richter den Beweis zwar nicht versäumt, jedoch nur unvollkommen geführt, und mithin (weil der peremptorische Beweistermin abgelaufen ist) einen *Notheid* begründet, so wird solcher, als Bedingung (resp. der Verurtheilung, resp. der Entbindung) vorangesetzt; und in diesem Gebiete ist es nun auch möglich, daß mehrere gesetzliche Eide zugleich zu erkennen sind, resp. cumulativ, resp. alternativ, resp. successiv.

Martin §. 181. Rechtsfall 112, 116, 119, 136.

C. Ist der *Hauptbeweis*

1) vollkommen geführt, so wird zunächst dies ausgesprochen, und dann die Verurtheilung, als Folge, angehängt. Rechtsfall 74. Ist er

2) gar nicht geführt, so wird auch dies vorangesprochen, und dann unbedingt die Lossprechung hintangehängt. Ist der *Beklagte* der Hauptbeweismührer, so folgt im ersten Falle seine unbedingte *Entbindung*;

*) Zum schmähhlichen *testimonium proprium paupertatis suae* für den pflichtvergessenen Herrn Richter! M.

im zweiten Falle aber die unbedingte *Verurtheilung*, nachdem ebenfalls voranausgesprochen ist: ad 1) »*dass er bewiesen habe (wie Recht)*«; ad 2) »*dass er nicht bewiesen habe.*« (Hier bleibt das »*wie Recht*« weg!)

D. Wenn der Beweis *verschiedene Beweisthemata* u. s. w. zum Gegenstande hat; z. B. bei objectiver Klagenhäufung, so pflegt man, in Civilsachen, das verurtheilende Erkenntniss, sei es auch mit einem gesetzlichen Eid bedingt: *voran* zu setzen, das entbindende Erkenntniss aber nachfolgen zu lassen; wäre es auch (ebenfalls) mit einem gesetzlichen Eide bedingt: z. B. »*würde, soviel die zweite Klage betrifft, der Kläger annoch dahin, dass u. s. w., zur Erfüllung schwören, so hätte er Dasjenige, was er deshalb beweisen sollen und wollen, nothdürftig dargethan: daher der Beklagte schuldig u. s. w.* Würde hingegen, in Ansehung der ersten Klage, der Beklagte dahin sich eidlich reinigen: *dass u. s. w.. so hätte der Kläger den dieses Punktes wegen ihm auferlegten und von ihm unternommenen Beweis nicht geführt; daher der Beklagte von dieser Klage zu entbinden wäre.*«

§. 102.

Entscheidungsgründe des Endurtheils.

Die *Gründe* des Definitiverkenntnisses stehen unter der *allgemeinen Form*: doch ist es hier vorzüglich zwecklich, sie entweder gesondert vorangehen zu lassen: z. B. »*in Erwägung u. s. w.*:« oder sie ganz abgesondert unter einer besondern Rubrik nachfolgen zu lassen: so dass die eigentliche Verurtheilung oder Entbindung: sey es mit oder ohne gesetzlichen Eid: ebenfalls ganz rein und abgesondert sich darstellt.

Grundsätze der Referirk. p. 37, 113, 126.

§. 103.

Rechtsmitteleinwendung.

Die gerichtliche Einwendung eines Rechtsmittels (Martin §. 267) kann geschehen: entweder

A. *unmittelbar* nach der Publication des beschwerenden Erkenntnisses: mündlich (*viva voce*); unverwandten Fusses. Da eine solche Einwendung zu *Protocoll* geschieht, so hat sie auch keine eigene Form. Fordert jedoch ein Landesgesetz: dass bei Einwendung eines Rechtsmittels auch sogleich die *einzelnen Beschwerden*

angegeben werden sollen, so muß auch dies entweder sogleich mitgeschehen, oder man muß wenigstens diese Beschwerden (*gravamina*) schriftlich oder mündlich nachbringen.

B. Oder *nach abgehaltenem* Publicationstermine, im Laufe der zehntägigen Nothfrist. Auch hier kann die Einwendung

1) mündlich, zu Protocoll, geschehen, wenn Landesgesetze es nicht ausdrücklich untersagen (wie dies bisweilen vor den Obergerichten der Fall ist.)

2) oder schriftlich, durch eine förmliche Interpositions- oder Einwendungsschrift.

Die äussere Form ist hier die allgemeine. Wo eine *Interpositio cumulativa*, seu *electiva*, noch gestattet ist (z. B. in Hannover), da besteht die Einwendungsschrift oft in wenigen Worten: z. B. *gegen das, in rubric. Sache, am 16 d. eröffnete, den Beklagten verurtheilende, Erkenntniss will dieser, innerhalb zehntägiger Nothfrist, quaevis remedia juris eingewendet, und sich die Wahl vorbehalten haben, Desuper implor. etc.* Auf ähnliche Weise kann verfahren werden, wenn man zwar das gewählte Rechtsmittel, gleich bei der Einwendung, bezeichnen will oder muß, aber landesgesetzlich nicht verbindlich ist, auch sogleich die speciellen Beschwerden mitanzugeben, sondern diese bis in die Rechtfertigungsschrift versparen darf. Gebietet aber das Gesetz: man solle, bei der Einwendung eines Rechtsmittels, nicht nur angeben: *welches*: — ob nämlich Revision, Appellation u. s. w.: — Rechtsmittel man ergreife, sondern auch zugleich, in welchen *Puncten* des Erkenntnisses man sich gravirt finde (specielle *gravamina*); so wird

I. bei bloßen Suspensiv-Rechtsmitteln, (Revision, Läuterung),

1) der *Publication* des gravirenden Erkenntnisses, nebst dem Publicationstage, gedacht; dann

2) das *Erkenntniss selbst*, entweder nach seinem ganzen Inhalte, oder doch in Absicht derjenigen Theile, durch welche man sich beschwert achtet. Hierauf

3) die *Beschwerden selbst*: bei einer *Mehrheit* numernweise abgesondert. Hierbei muß man nur scharf sondern, was eigentlich die *Beschwerde* ist, und was nur deren *Grund* genannt werden kann. Die Beschwerde selbst muß ein Theil der *entscheidenden* Worte seyn: gegen diese *gerichtet*; oder einen Punct betreffen, welcher in den *verbis decisivis* stehen sollte, aber leider

nicht steht: z. B. wenn der Richter keine Zinsen zuerkannt hat. Die Gründe der Beschwerden: i. e. die Ausführung, warum die Beschwerde wirklich eine solche sey: gehören zu der *Rechtfertigung* des Rechtsmittels, und mithin erst in die Rechtfertigungsschrift. Es ist jedoch nicht verboten, auch in der Einwendungsschrift, gleich hinter der aufgestellten Beschwerde, dieselbe sogleich kurz zu rechtfertigen, oder, nachdem man die einzelnen Beschwerden nacheinander aufgestellt hat, *hinter* allen, auf die Numern sich zurückbeziehen, auch eine Rechtfertigung nachfolgen zu lassen. Man pflegt dies auch *dann* zu thun, wenn man ein Rejectorium des Richters fürchtet; und manche Landesgesetze haben diese *vorläufige Rechtfertigung sogar geboten*. Am Schlusse der Einwendungsschrift folgt endlich

4) ein besonderes *Processgesuch*. Dieses geht gewöhnlich dahin: das Rechtsmittel zu *gestatten* (demselben zu *deferiren*), und eine Frist zur Rechtfertigung zu bestimmen. (Die Bitte um diese Fristbestimmung bleibt aber natürlich dann hinweg, wenn die Rechtfertigungsfrist vom *Gesetze* selber bereits *vorgeschrieben* ist.) Das Sachgesuch, i. e. das Gesuch: wie man wünscht, daß das bezweckte reformatorische Erkenntniß lauten möge: bleibt gewöhnlich in der Einwendungsschrift hinweg, und wird erst der Rechtfertigungsschrift angehängt. In dem Falle aber, wenn man die Beschwerden nicht nur speciell aufgestellt, *sondern auch sogleich kurz gerechtfertigt, hat*, kann man auch jenes Sachgesuch sofort anhängen: z. B. „das Rechtsmittel zu gestatten: zu dessen Rechtfertigung eine Frist geneigtest zu bestimmen, und nach geendigtem Verfahren *reformatorisch* dahin zu erkennen: »nunmehr befindet sich aus den den Acten, daß u. s. w.« (Sachgesuch.) Rechtsfall Nr. 54, pag. 173.

b) *Befürchtet* man Rejection des bloßen Suspensiv-Rechtsmittels, so kann man auch, bei dieser Einwendung, eventualiter das Devolutiv-Rechtsmittel, i. e. die Appellation, sogleich miteinwenden, und dies mit wenigen Worten, am Schlusse, bemerklich machen: z. B. »*auf allen Fall will Beklagter hiermit seine Zuflucht zur Berufung an u. s. w., genommen haben, und bittet deshalb um Actenversendung.*«

II. Die Einwendung der Appellation steht im Allgemeinen unter denselben Regeln; allein das Processgesuch erhält hier eine andere Richtung, je nach den mancherlei Formalien, welche bei diesem Devolutiv-

rechtsmittel, gemeinem Prozesse nach, zu beobachten sind: und welche mehrere getrennte Gesuche, nacheinander, veranlassen können: nämlich

- a) um Gestattung der Appellation;
- b) um Ertheilung eines gerichtlichen Zeugnisses, daß sie eingewendet worden sey, i. e. um die *Apostel*;
- c) um die Einsendung der Acten an den Oberrichter. Martin §. 74 folg.

Vereinigt man aber, wie es erlaubt und zwecklich ist, in der Einwendungsschrift, diese sämtlichen Formalien, so entsteht, in dieser, ein zusammengesetztes Proceßgesuch: z. B. die erhobene Berufung zu gestatten, ein Zeugniß über ihre geschehene Einwendung zu ertheilen, und die Acten an das Obergericht einzusenden.

§. 104.

Aussergerichtliche Rechtsmittelinwendung.

Die aussergerichtliche Einwendung eines Rechtsmittels, i. e., die, gemeinem Rechte nach, vor einem Notar erfolgende, (Martin §. 267) erfordert, daß man persönlich, oder durch einen gehörig legitimirten Procurator, vor dem Notar erscheine, diesem die beschwerende Sentenz (wo möglich durch eine, vom Gericht erhaltene, Abschrift) bekannt mache, und ihn dabei requirire, die Appellation anzunehmen, und darüber Testimonial-Apostel zu ertheilen: i. e., ein förmliches Instrument über die geschehene Einwendung auszufertigen. Bei dieser Erklärung und Bitte müssen, gemeinem Rechte nach, auch zwei *Instrumentenzeugen* zugegen seyn, und das vom Notar gefertigte Instrument von diesen zwei Instrumentenzeugen *mitunterschrieben* seyn. Dann überreicht der Appellant dem *judex a quo* dieses Instrument mit der Bitte um Acteneinsendung. Ist dieses Formale etwa, in den Landesgesetzen, aufgehoben, so kann sich der Appellant, mit jenem Instrument, unmittelbar an das Obergericht wenden, um hier die Berufung sofort einzuführen. Dann fügt man das Gesuch an: *dem judex a quo die Acten abzufordern.*

Gedruckte Acten, Beilage 30.

§. 105.

Rechtsmittel - Rechtfertigung.

Die Rechtfertigung (*justificatio*) des eingelegten Rechtsmittels: auch *deductio caussalium* genannt: und zwar

I. bey bloßen Suspensivrechtsmitteln, wird

1) eröffnet mit einer kurzen Dankäusserung für die Gestattung des Rechtsmittels. Dann werden

2) die Formalien gerechtfertigt: id est z. B. daß das Rechtsmittel in der dreißigtägigen Nothfrist eingewendet, wie auch die jetzige Rechtsfertigungsschrift, in der gehörigen Zeit, überreicht worden sey. Sollte in Rücksicht der letzteren Frist ein Zweifel über die richtige Beobachtung vorliegen, so ist dieser sofort zu beseitigen, oder (im Nothfall!) um Restitution zu bitten. Hernach wendet man sich

3) zu den Materialien selber, und stellt nun

a) die speciellen Beschwerden voran auf: wofern dies nicht in der Einwendungsschrift schon geschehen ist. Die *Gründe**) der Beschwerden verwebt man mit den Beschwerden selber keineswegs.

Bemerkung. Wenn man erst in der Rechtfertigungsschrift das erwählte Rechtsmittel bezeichnet, so kann diese Erklärung, wie das specielle Aufstellen der Beschwerden selber, der Rechtfertigung der Formalien vorausgehen.

Dann wendet man sich

b) zu der eigentlichen Rechtfertigung jeder einzelnen Beschwerde: besonders da, wo nicht materielle Connexität die Trennung unnöthig macht, oder verhindert. Auf die in der Einwendungsschrift vielleicht schon *anticipirte* Rechtfertigung pflegt man sich zurückzubeziehen, um sie noch mehr zu entwickeln, und zu verstärken. Hat man noch eine Schlussschrift, so kann die vollendete Ausführung auch zwecklich bis dahin verspart werden. Läßt das Rechtsmittel *nova* zu, so sind diese *da* vorzutragen, wo Gegenstand und Zusammenhang es erheischen. Sodann folgt

4) das Proceßgesuch. Hat der Richter das Rechtsmittel noch nicht ausdrücklich gestattet, so ist das deßhalb, in der Einwendungsschrift, geschehene Proceßgesuch zu *wiederholen*; und, in jedem Falle, bittet man, die Rechtfertigungsschrift dem Gegner zur Antwort mitzutheilen. Soll auch, wegen eines beigebrachten novi, etwas verfügt werden (z. B. Ladung eines Zeugen, oder des Gegners Auffoderung zur Urkundenrecognition)

*) Das heist: die Justification. M.

so ist auch *hierum* bestimmt zu bitten. Den Beschluss macht

5) Das Sachgesuch, wenn solches nicht schon in der Einwendungsschrift aufgestellt ward. Ist Letzteres geschehen, so wiederholt man es nur bezugsweise.

II. Bey der *Appellation* geht der Rechtfertigungsschrift die sogenannte Einführungs-Introductions-Schrift voraus, durch welche der Obergerichter von der Anhängigkeit des Rechtsstreits in der Unterinstanz, von dessen Ursprung, Gegenstand, und processualischer Entwicklung bis zur beschwerenden Sentenz, so wie von deren Inhalt, in Kenntniß gesetzt werden soll. Diese Kenntniß hat derjenige Richter, bei welchem ein bloßes Suspensiv-Rechtsmittel eingelegt wurde, schon von selber, aus denen vor ihm entstandenen Akten; und daher fällt, in diesem Rechtsmittel, dieser Act des Processes (d. h. die Einführungschrift) hinweg. Gemäß ihrem Zweck enthält nun die Introductionsschrift:

1) eine Geschäftserzählung — wenn die Akten Stoff dazu enthalten!

2) auf jeden Fall aber eine Proceßgeschichte: von der Klage an, bis zur beschwerenden *Sentenz*, und mit dieser; so daß auch von dem Material, in der Proceßgeschichte, so viel miteingewebt wird, als zur Verständlichkeit der Zwischensentenz, hauptsächlich aber der *Sententia a qua*, erforderlich ist.

3) Das Anführen dieses Erkenntnisses *selber* geschieht entweder nach dessen ganzem Inhalte, oder *doch mittelst eines Auszugs derjenigen Bestandtheile, gegen welche die Beschwerden gerichtet sind*. Auch der Publicationstag dieser Sentenz ist zu erwähnen; und gewöhnlich legt man die, vom Untergericht erhaltene, *Abschrift* jener Sentenz, zu der Urschrift, bei.

Bemerkung. Hierbei wird zugleich angemerkt, daß man, durch dieses Erkenntniß, sich beschwert befinden habe; auch kann man die einzelnen Beschwerden sogleich aufstellen; Letzteres jedoch auch aussetzen, bis vor dem Proceßgesuch (No. 5.)).

Hierauf wendet man sich

4) zur *Rechtfertigung der Formalien*: nämlich, daß man die Appellation, in der Nothfrist, eingewendet, auch um Apostel und Akteneinsendung gebeten, habe (insofern diese Formalien noch zu beachten sind!) Sollte ein scheinbares Hinderniß der Appellation eintreten, (z. B. wegen ihres Objekts, wegen Competenz des Ober-

gerichts etc.) so sucht man an diesem Ort auch sogleich zu zeigen, daß die Sache appellabel sey, und vor dieses Obergericht gehöre. *Zur Bescheinigung* der geschehenen Beobachtung der Formalien, legt man die, vom Untergericht erhaltene, Apostel, oder das Notariats-Instrument, dem Original bei; und sollte, in den Landesgesetzen, eine *gesetzliche Introductionsfrist* vorgeschrieben seyn, so ist auch diese zu rechtfertigen, und bey einem Versäumnis, um Restitution zu bitten. Hierauf stellt man

5) *die einzelnen Beschwerden* auf: wenn es nicht bereits oben (Nr. 3.) geschehen ist. Nunmehr folgt

6) das *Processgesuch*: zwecklich dahin: «*die Appellation zu gestatten, dem Unterrichter alles Fortschreiten in dieser Sache zu untersagen, ihm die Akten abzufodern, und dem Appellanten eine Frist zur Rechtfertigung der Beschwerden zu bestimmen.*» Wenn der Appellant die *introductio* mit der *justificatio vereinigen will*, so bleibt dieser letztere Theil des Gesuches hinweg, und das ganze Processgesuch wird erst am Schlusse der Rechtfertigung vorgetragen: unmittelbar vor dem Sachgesuch: d. h. auch hier, so wie man wünscht, daß das Appellationserkenntnis, in der Hauptsache, lauten soll. Die Rechtfertigung der, in der Introductionsschrift, speciell angegebenen oder wiederholten Beschwerden kann *etwa als eine*, der Introductionsschrift abgesondert nachfolgende, Schrift überreicht werden: in welchem Falle

a) man für die, durch ein oberrichterliches Decret gestattete, Rechtfertigung zu danken pflegt, und dabei sofort

b) der Beobachtung der Rechtfertigungsfrist gedenkt, oder, wo nöthig, um Restitution bittet;

c) dann jede einzelne Beschwerde (in wiefern nicht Connexität die Trennung verhindert) als eine ungegründete (aus den Vorakten und den Rechten) darzustellen sucht. Daher heist auch dieser Theil der Schrift *deductio causalium* seu *gravaminum* seu *justificatio materialium*. Der Zweck ist: Reformation dieses Punkts: daher

d) ein Sachgesuch hinzugefügt wird, wie man wünscht, daß reformatorisch erkannt werde. Man kann hier entweder

α) hinter der Deduction einer jeden *einzelnen* Beschwerde jenes Sachgesuch sogleich hinten anfügen oder auch

β) die Gesuche *aller* Beschwerden bis ans Ende der Deduction der letzten Beschwerde versparen: um hier ein auf *alle* gravamina sich *zurückbeziehendes geschlossenes* *) Sachgesuch gerade so zu formen, wie, nach der Absicht des Appellanten, das künftige reformatorsche Erkenntniß lauten soll.

e) Endlich folgt der Schluß: «*desuper inplorando etc.*»

Man kann aber auch die Rechtfertigungsschrift der oben skizzirten Introductionsschrift sogleich *anhängen*: so daß beyde, zusammen, nur *eine* Schrift bilden. **) Auch *ohne* daß ein Landesgesetz es gebietet, pflegt man es zu thun:

a) in nicht wichtigen Sachen, in welchen besondere Appellationsprocesse, mit allen Formalien, *nicht erkannt* zu werden pflegen;

b) oder wenn man auf ein *rescriptum de emendando* hinarbeitet (Martin §. 278.)

c) oder endlich, wenn der Appellant befürchtet, der Obergericht werde die Relevanz der Beschwerde, ohne die beygefügte Rechtfertigung, *verkennen*, und den Gravaminanten, schon auf die bloße Introductionsschrift hin, *zurückweisen*.

Vereinigt man nun beyderley Vorträge, so geht Das, was der *Introduction* angehört, (sub. II. 1 — 5.) *vor* aus; das Proceßgesuch sub 6 aber, hat dann zwey Wahlstellen: ***)

α) entweder unmittelbar nach der Instification der *Formalien* und der Aufstellung der einzelnen Beschwerden. Hier kann man so viel von dem Proceßgesuche folgen lassen: „*die Appellation zu gestatten; auch inhibitoriales und compulsoriales, an der judex a quo, zu erlassen!*“ Dabey bittet man denn nicht um eine *Frist* zur Rechtfertigung; sondern man macht sogleich einen Uebergang zu dieser Rechtfertigung selber; z. B. (nach jenem Proceßgesuch) „*der Appellant zweifelt nicht an geneigter Gewährung dieser Bitte, und will*

*) d. h., oder sollte vielmehr heißen: „*collectives.*“ M.

**) *Gensler* hätte hier sagen sollen: „dem Introductionsvortrag, sofort den Rechtfertigungs-Vortrag, in einem und dem nämlichen *Libelle* (Schriftsatze) folgen lassen. M.

***) d. h. der Auswahl, je nach Belieben, überlassen bleibende Stellen. M.

daher sofort zur Rechtfertigung der aufgestellten einzelnen Beschwerden fortgehen.“ Hieran schließt sich nun sogleich die *deductio gravaminum* an (c): so daß a) und b), von selbst, hinwegfallen. Nach der *justificatio materialium* folgt dann das Sachgesuch etc: d;) und hiermit endigt sich das Ganze, bis auf die gewöhnliche *Schlussclausel*. („*Desuper implorando etc.*“)

β) Oder man läßt das, unter α) erwähnte, *Processgesuch* an jener Stelle noch ganz *hinweg*; *rechtfertigt*, sogleich nach der *Justificatio formalium*, jede einzelne Beschwerde; und verspart nicht nur das *Processgesuch*, sondern auch das ganze *Sachgesuch*, bis ans *Ende* der Rechtfertigung *aller* Beschwerden. Das *Process*- und *Sachgesuch* folgt dann, ebenso, mit und nacheinander,*) wie das *Process*- und *Sachgesuch* in einer Klagschrift: jedoch so, daß auch hier die *Process*-bitte um eine *Rechtfertigungsfrist* hinwegbleibt; und dagegen um die Mittheilung an den Appellaten gebeten wird. — Wenn man auf ein *rescriptum de emendando* hinarbeitet, so fällt dieser letztere Theil des *Process*-gesuchs hinweg; ja oft fügt man *nur* das *Sachgesuch* an: weil man voraussetzt: der Oberrichter solle, ohne Weiteres, dem Unterrichter gebieten: das vorige Erkenntnis abzuändern.

§. 106.

Decrete und Erkenntnisse in der Instanz der Rechtsmittel.

Die äußere *Form* **) der, in der Instanz der Rechtsmittel, zu ertheilenden *Decrete* und *Erkenntnisse* steht unter den allgemeinen Regeln; das *Material* aber wird hauptsächlich von der Theorie beherrscht. Im Allgemeinen muß man unterscheiden

- 1) das *Relevanzdecret*, von
 - 2) dem Haupterkenntnis über die Sache selber.
- (Rechtsfall Nr. 120. pag. 382. nota.) Das Erstere entscheidet nur: ob die Beschwerden so erheblich seyn, daß der Partey ***) ein nochmaliges Verfahren in *materialibus*,

*) soll heißen: „in zusammengedrängter Masse.“ M.

**) sollte, nach Logik und Menschenverstand schlechthin heißen: „die Form!“ M.

***) und namentlich vor allen Dingen dem *Interponenten*, eine *Rechtfertigungsschrift*! M.

gestattet werden könne: um dann ein weiteres Erkenntnis zu ertheilen: ob das Vorige abzuändern oder zu bestätigen sey: ganz oder zum Theil. Das *abschlagende* (rejectorische) Relevanzdecret hat gewöhnlich die Form: „es sey dem Rechtsmittel nicht zu deferiren (zu fügen); nicht Statt zu geben.“ Das beifällige lautet gewöhnlich: „es werde dem Rechtsmittel deferirt etc. etc. Damit ist dann auch eine weitere processleitende Verfügung verbunden: resp. Bestimmung des Termins zu einer Rechtfertigungsschrift: wenn sie nicht gleich übergeben ward; resp. auch Vorladung der Partei, zum nochmaligen Verfahren. (Letzteres wenn processus appellationis plenarii erkannt werden). Martin §. 268. 70. 78. 79. ci. e. Das *Haupterkenntnis*, *Revisionsbescheid*, *Appellationserkenntnis* spricht aus: ob das vorige *Erkenntnis*: materiell beleuchtet: den Akten und Rechten gemäß sey oder nicht; und, im letzten Falle, wohin es abgeändert werden müsse. Es setzt also, der Regel nach, voraus, daß das Rechtsmittel, durch ein Relevanzdecret, gestattet, und der Gegner, über die Beschwerden des Revidenten, u. s. w. nochmals gehört, ihm wenigstens (durch ein Process leitendes Decret) *Gelegenheit* dazu gegeben, worden sey. Doch ist auch, ausnahmsweise, denkbar, daß der Oberrichter das Haupterkenntnis mit dem Relevanzdecret *vereinige*, d. h. nicht nur das Rechtsmittel, den Formalien, und dem Werthe der Beschwerden, nach, für *zulässig* erkenne, sondern auch zugleich über die *materiae causae* confirmirend oder reformirend abspreche. Letzteres zeigt sich insonderheit bey den *rescriptes de emendando*; und Jenes und Dieses häufiger in summarisch appellabeln Sachen. In Rücksicht auf das Haupterkenntnis tritt nun vorzüglich das Rechtsprincip ein: es darf gegen solche Parteien, die ein Rechtsmittel eingewandt, nicht in *durius* seu *pejus* erkannt werden: d. h., will es der Richter nicht zum *Vortheil* abändern, so kann er *nur bestätigen*. (Von den Ausnahmen siehe Martin §. 265.) Daher die Regel: jenes Haupterkenntnis muß entweder bestätigend, oder zum *Vortheil* des Appellanten etc., ausfallen. Ist es nun

A. confirmirend, so lautet die formula pronuntiandi gewöhnlich dahin, „daß es, ungeachtet des eingewandten Rechtsmittels, bei dem vorigen Erkenntnis verbleibe.“ die Obergerichte lassen gewöhnlich, bei der Appellation, vorausgehen: „es sey übel appellirt, und, in erster Instanz, wohl gesprochen: daher es bei dem vorigen Erkenntnis verbleibe.“

B. *Reformirend*: so ist gewöhnlich, jedoch nicht wesentlich, oft auch schwierig und unzwecklich, das vorige Erkenntniß voran in eine Negative zu verwandeln, und dann anzufügen, wie zu erkennen sey, aber nicht erkannt worden sey. Den Eingang machen gewöhnlich die Worte: „*nunmehr ist aus den Akten, und der Parteien Vorbringen, so viel zu befinden, dass etc.*“
Rechtsfall 54. p. 175.

C. *Gemischt*: (d. h. theils reformirend, theils bestätigend); so pflegt man den abändernden Theil vorausgehn, und den bestätigenden nachfolgen, zu lassen.

D. *Erklärend*: d. h. das vorige Erkenntniß wird zwar im Allgemeinen reformirt, jedoch (z. B. im Beweisthema) zur näheren Verständigung der Parteien in etwas gekürzt oder umschrieben; so wird dieser Zusatz angehängt: z. w. „*nunmehr ist, soviel die erste Beschwerde betrifft, aus den Akten klar, dass nicht* (Negation des vorigen Urtheils) *sondern vielmehr dahin zu erkennen ist: würde und zwar etc.; dahingegen, die zweite Beschwerde anlangend, es, der eingewandten Revision ungeachtet, bei dem vorigen Erkenntniß verbleibt; jedoch mit der Erklärung, dass u. s. w.*“

Von dem gewöhnlichen Schluss der Appellationserkenntnisse siehe Gensler's Grundsätze der Referir-kunde p. 183.

§. 107.

Locationsurtheil im Gantprocesse.

Die Reihe der Entscheidungspunkte in einem Locationserkenntniß ist folgende:

1) Alle, in den Akten fehlenden, Legitimationen zum Processe.

2) Das, was wegen der *Masse* noch zu verfügen ist: z. B. Eintreibung der Ausstände, Versilberung unveräußerter Theile der Masse, auch Manifestationseide etc.

3) Die Streitpunkte der Vindicanten, Separatisten und Massegläubiger.

4) Hat ein Gläubiger eine Forderung, oder einen Theil davon, *aufgegeben*, (fallen lassen) so ist an dieser Stelle zu erkennen, daß es hiebei sein Bewenden behalte.

Nota. Man kann diesen Entscheidungspunkten römische Numern oder große Buchstaben so vorsetzen, daß man, in jeder einzelnen Gruppe, wenn es nöthig ist, wieder nach arabischen Numern oder kleinen Buchstaben sondern kann.

Dann geht man:

5) hinter einer in der Reihe folgenden *grossen* Nummer (oder Buchstaben) her, zu der Location der eigentlichen Concursgläubiger über; z. B. mit dem herkömmlichen Uebergange:

I. »Da nun (E) die erschienenen Gläubiger ihre Forderungen angegeben, und resp. bescheinigt, haben, der Contradictor auch, wessen er hievon geständig sey, oder nicht, vorgebracht hat; so werden dieselben nunmehr in folgender Ordnung befriedigt:

I. N.N.

II. N.N.

III. N.N. u. s. w.

Man pflegt hierbei römische Numern zu machen, weil oft Unterabtheilungen nöthig werden.

Hier machen nun

a) die *Concurskosten*, mit Inbegriff der Gebühren des Contradictors und des Güterverwalters, den Anfang; und hierauf folgen:

b) die *einzelnen bevorzugten Gläubiger*: der nämlichen Reihe nach, wie sie einander vor- und nachgehn. (Es ist nicht nöthig, sie in Sectionen, je nach der Zahl der theoretisch bestimmten Klassen, einzutheilen,

Martins Civilproceß §. 323.

sondern nur, nach ihrer speciellen Priorität, mit fortlaufenden Numern: so, daß so viel Numern entstehen als bevorzugte Gläubiger da sind, und die Reihe der Numern auch bei dem Uebergang in die zweite, dritte oder vierte Klasse *fortläuft*.) Jeder locirte Gläubiger wird hinter seiner Nummer besonders benannt; Namen, Gegenstand, Vorzugsqualität seiner Forderung, angegeben; und Dasjenige angehängt, was, dieses seines Postens wegen, etwa noch geschehen soll, z. B.

I) *Alle in diesem Concurs aufgelaufenen Unkosten des Curat. bonorum.*

II) *Michael N.N. mit 20 fl. rückständigem Liedlohne.*

III) *Johanna N.: Ehefrau des Gemeinschuld-*

ners: mit 1500 fl. rückgeforderten Heirathsguts, dafern sie zuvor noch beweisen würde etc.

IV) Bartel N.: mit 1000 fl. Darlehen, nebst rückständigen Zinsen, vermöge der Hypothek etc.

Sollten sich jedoch Creditoren einer und derselben Klasse finden, welche nebeneinander pro rata participiren, so erhalten sie eine gemeinschaftliche Numer, und unter dieser wird jeder mit einer kleinen Numer, oder mit einem Buchstaben, a. b., besonders angesetzt; z. B.

II. Michael N. N. und Katharina N. wegen rückständigen Liedlohns, und zwar

1) Ersterer mit 20 fl. für die Zeit etc.

2) Letztere mit 5 fl. für die Zeit etc.

Sind nun alle bevorzugten Gläubiger, auf diese Weise, locirt und

6) noch bloße Chirographarien*) vorhanden, so geht man, unter der fortlaufenden Hauptnumer, oder dem fortlaufenden Hauptbuchstaben, zu ihnen über: allenfalls mit folgender gewöhnlichen Clausel: *Wenn nun zuvörderst die voranstehenden Gläubiger befriedigt sind, so sollen, wenn von dem Vermögen noch etwas übrig bleiben sollte, (F) folgende Gläubiger, jedoch ohne Ordnung der Zeit, nach dem Verhältniß der Grösse ihrer Forderungen, befriedigt werden.* Hierauf folgt ihr Verzeichniß: gewöhnlich unter fortlaufenden Nummern: mit Grösse und Grund der Forderung, und der ebenfalls angehängten etwaigen Bedingung z. B.

1) Peter N., mit 100 fl. Darlehn: nach der Schuldverschreibung vom etc. falls dieselbe der Liquidant nochmals, in der Urschrift, vorlegen, und der Contradictor solche zuvor besser als geschehen, wie er zu thun schuldig ist, anerkannt haben, wird.

2) Justus N. u. s. w.

Sodann folgen:

7) Die Schenkungen und die Fiskusstrafen; hierauf

8) bisweilen Interlocute, wegen solcher Forderungen, die noch nicht einmal so weit instruirt sind, daß auch nur bedingt über sie und ihre Stellung entschieden werden könnte, z. B. würde des Gemeinschuldners Ehefrau die Zeit, wo sie die liquidirten 600 fl. ihrem Ehemann zugebracht hat, binnen 4 Wochen, nä-

*) Handschriftgläubiger.

her angeben und beschleunigen, so ergeht sodann, der Location dieser Forderung wegen, ferner was nach den Rechten sich gebührt.

Ferner:

9) Die *Abweisung* einzelner, für ganz *ungegründet* befundener, *Forderungen*, welche nicht zu den *Vindications* u. s. w. Nr. 3. gehören.

Dann:

10) *Präclusion* der nicht erschienenen Gläubiger, wenn diese nicht schon früher erkannt ist. —

Nachher:

11) Die *selbstständigen Nebenspunkte*, i. e. solche, die nicht als *Accessionen* einer locirten Forderungen angesehen werden können, z. B. Bestrafung des Cridars, der Advokaten etc.

Endlich:

12) Die *Moderation der liquidirten Unkosten*, z. B. des Contradictors, der einzelnen Advokaten etc.

Nota I. Bisweilen ist es nöthig, die nämliche Forderung *doppelt* zu lociren. Dies ist der Fall

a) wenn zwar soviel liquid vorliegt, daß dem Liquidanten ein Vorzugsrecht gebühre, er aber ein *höheres* behauptet, welches noch nicht bescheinigt ist.

Hier geschieht die Lokation:

1) in der höhern, vom Liquidanten in Anspruch genommen, Klasse, unter der *Bedingung*: „falls Liquidant das behauptete, diese Location begründende, Vorzugsrecht noch bescheinigen werde; und

2) nachher *nochmals*, in derjenigen niederen Klasse, wohin die Forderung sicherlich *mindestens* gehört: mit dem Anhang, „dafern Liquidant obige Bescheinigung nicht führen würde (z. B. wenn es streitig ist, ob Dos oder Paraphernalgut vorliege).

b) Wenn eine Vindication, als *solche*, nicht als begründet befunden wird; jedoch als *Forderung* besteht: so daß der angebliche Vindicant nur als wahrer Concursgläubiger anzusehen ist. Hier muß *oben* (Nr. 3.) sein Suchen, *als* das eines *Vindicanten*, abgewiesen, oder was etwa deshalb noch geschehen müsse, erkannt, nachher aber derselbe an der Stelle, unter den *Concursgläubigern*, locirt werden, wohin seine Forderung, ihrer Natur nach, gehört: resp. bedingt „daferne er obige Auflage zu erfüllen nicht vermöchte.

c) Im Fall eine Specialhypothek zur Befriedigung des auf sie zu locirenden Gläubigers *nicht hinreicht*. Hier muß derselbe, mit dem Ueberreste seiner Forderung, nochmals da locirt werden, wo er auch ohne jenes Pfandrecht sie geltend machen kann.

Nota II. Hat ein Creditor *mehrere* Forderungen, die in verschiedene Klassen gehören, so ist er mit *jeder* einzelnen, an dem entsprechenden Orte, zu lociren.

Nota III. Bisweilen muß auch ein Creditor an die Stelle des andern locirt werden, und dann Letzterer an die Stelle des Ersteren; ja der Hinaufgesetzte ist, ausserdem, nochmals, auf *den* Fall, wenn er an der ersten Stelle nicht befriedigt werden sollte, zu lociren: und zwar an dem Orte, wohin seine Forderung, ihrer Natur nach, gehört. Wenn z. B. A. dem B. ein Darlehn, ohne ein Pfandrecht, borgte; dessen Weib, die C. aber dafür sich legal verbürgte; B. nun in Concurs verfallen ist und die C. ihre Dos liquidirt, daneben aber A. sein Darlehn, mit Beziehung auf die Bürgschaft der C. einklagt, so tritt A. in die erste Klasse, d. i. seine verbürgte Forderung tritt an die Stelle der Bürgin C., die C. aber tritt mit der Summe des Darleihers in die fünfte Klasse, und auch der A. ist hier nochmals mit derjenigen Summe zu lociren, welche er, in der ersten Klasse, aus und mittelst der Dos der C. nicht erhält.

§. 108.

A n h a n g.

Anleitung zum Zeugenverhör und zum Abfassen eines Zeugenrotulus.

Wenn nach geschehener Production und Vereidung der Zeugen jeder derselben, in secreto, einzeln vernommen wird,

Martin §. 189.
so muß

A. der examinirende Richter, oder der zum Verhör beauftragte Actuar,

1) den vorgelassenen einzelnen Zeugen vorerst nochmals an den Zweck seines Erscheinens und an den abgeleisteten Zeugeneid erinnern: (kürzer oder umfänglicher, je nach der Individualität des zu verhörenden Subjects) und dann,

2) indem er die Artikel und Fragstücke, im Original, vor sich legt, das Verhör dergestalt beginnen, daß er das Directorium der allgemeinen Fragstücke und der Artikel, als Direction der Reihenfolge, vor Augen hat, und den Zeugen

a) zunächst ausschließlich über die nicht verworfenen *allgemeinen* Fragstücke, nach Maassgabe *ihrer* Directorii, befragt. Nach geendigter Procedur mit den allgemeinen Fragstücken wendet sich der Examinant

b) zu dem ersten *Artikel* dieses Zeugen, nach Auskunft des nun einzusehenden Directorii der *Zeugenartikel*; und wenn der Zeuge diesen Artikel beantwortet hat, so sieht der Examinant auf die vorliegenden *speciellen* Fragstücke hin, um den Zeugen gleich nach ertheilter, ihm vorgelesener und bestätigter, Aussage auf den *Zeugenartikel*, über sämtliche, nicht verworfene, *Specialfragstücke* zu *diesem einzelnen Artikel*, nach der vom Producenten mit Numern angegebenen Reihenfolge, zu vernehmen. Ist auch das Verhör über diese sämtlichen Interrogatorien geendigt, so sieht der Examinant *zurück* auf das Directorium der *Zeugenartikel* um sich zu unterrichten, welcher *Zeugenartikel nunmehr für diesen gegenwärtigen Zeugen*, von dem Producenten, bestimmt sey; fragt denselben zunächst über diesen 2ten Artikel und hierauf über die *zu solchem*, vom Producenten beigegebenen, *Specialfragstücke*. Sind auch diese beseitigt, so kommt die Reihe zu dem 3ten, im Directorio angegebenen, Artikel dieses Zeugen; dann an die *hierzu* gehörigen *Special-Interrogatoria* u. s. f.

3) Der Regel nach muß der Examinant, sowohl in Ansehung der Fragstücke, als der Artikel, die resp. vom Producten und Producenten gewählten *Worte* und Wortstellung (*ipsissima verba*) beibehalten; jedoch die Frage, indem er sie an den Zeugen stellt, *so* formiren, wie sie *als Frage am natürlichsten* und dem Zeugen *am verständlichsten* ist (*dexteritas*). Ja, wenn das Fragstück eigentlich *mehrere* besondere Fragen enthält, oder der Artikel *mehrere* in der Sonderung besser zu beantwortende Sätze, so darf er jene Fragen an den Zeugen *trennen*; und ist ein Fragstück oder ein Artikel so verfaßt, daß zwar dem Richter der factische Inhalt deutlich vorliegt, wegen der subjectiven Eigenschaft des Zeugen aber ein Unverständniß oder Mißverständniß zu besorgen ist, so kann Ersterer dem Letzteren die Worte oder den Sinn *erleutern*, oder die Frage so fassen, daß der Zeuge sie

rein und vollständig versteht. Nur muß der Richter sich scharf *an Das* halten, was *in* dem Fragstück oder Artikel wirklich enthalten ist, damit nicht die Ergänzung eines facti das Resultat seiner Erläuterung oder Umformung werde. Wenn ein besonderes Fragstück ein *Bejahen* des Zeugen zur Absicht hatte, der Zeuge aber den Inhalt *verneint* oder mit Nichtwissen beantwortet, und nun Fragstücke *nachfolgen*, welche eine *bejahende* Antwort auf jenes erste Fragstück voraussetzen; so wird der Zeuge auf die nachfolgenden *abhängigen* Fragen nicht verhört. Das nämliche kommt auch bei Artikeln, wiewohl seltener, vor.

4) Dem abgehenden einzelnen Zeugen wird Stillschweigen auferlegt.

B. Der Actuar, als solcher, muß

I. in Hinsicht auf das Verhör

1) für die Niederschrift der Aussagen *jedes einzelnen* Zeugen ein *besonderes* Protokoll, auf einem *besondern* Bogen, bestimmen. Erlauben es seine übrigen Geschäfte, so kann er auf die linke Seite des gebrochenen Bogens

a) die allgemeinen Fragstücke, insoweit diese an den *einzelnen* Zeugen gerichtet sind, und

b) diejenigen Artikel, und hinter jeden die dazu gehörigen *Specialfragstücke*, worüber der Zeuge besonders vernommen werden soll, so zum Voraus niederschreiben, daß

c) gegenüber, auf der rechten Halbseite, Raum genug bleibt, desselben *Antworten* niederzuschreiben: so daß, für jeden einzelnen Zeugen, die Form eines *besonderen* Zeugenrotuls entsteht.

Mangelt ihm aber jene Vorbereitungszeit, so hilft er sich mit Andeutung der *bloßen Numer* der Fragstücke und Artikel z. B.

ad int. gen. 1.

ad 2) etc.

ad art. 1.

ad int. spec. 1.

ad int. spec. 2.

und schreibt nur die Antwort darunter oder gegenüber.

2) So wie die Aussage zu einem Fragstück oder Artikel geschehen und niedergeschrieben ist, muß das Niedergeschriebene, strenger Ordnung nach, dem Zeugen vom Actuar *sogleich*, ehe zu einer andern Frage

fortgeschritten wird, vorgelesen werden, damit das vom Zeugen näher oder anders Bestimmte *sogleich* berichtigt und *hinzugesetzt* werde. Auch der Richter muß hierbei, wenn er anders nicht des Zeugen Antwort dem Actuar *dictirt* hat, aufmerksam seyn, um, unter Concurrenz des Zeugen, bei dem Vorlesen sich zeigende Unrichtigkeiten oder Lücken zu berichtigen oder zu ergänzen. Ist des Zeugen Aussage, den *Worten* nach, an sich richtig niedergeschrieben, derselbe ändert aber, widerruft, setzt hinzu etc., so ist das Niedergeschriebene nicht auszureichen; sondern zu bemerken: auf geschehenes Vorlesen habe Zeuge hinzugesetzt, sich vernehmen lassen, u. dgl. «es wäre u. s. w.»

3) der Actuar muß, so viel nur möglich, die eigenen Worte des Zeugen niederschreiben, so wie die etwaigen äußeren Merkmale von dessen innerem Zustande (oder Gemüthsbewegung) anmerken — z. B. Besinnen, Stottern. Doch kann der Actuar das *Wesentliche* der Aussage in das Kurze ziehen, wenn so das Nämliche erschöpfend gesagt wird; so wie denn ohnehin jenes Niederschreiben der eignen Worte auch nur auf die materiellen*) Einfluß, auf den Beweis, habenden Hauptworte, Phrasen und Wendungen des Zeugen, zu beschränken ist.

II. In Hinsicht auf die *Fertigung des Zeugenrotuls* hat der Actuar zu bemerken, daß dieser eine *öffentliche Urkunde* werden soll, über die *ganze Procedur* mit den Beweisgründen.**)

Martin §. 190.

Er muß daher

1) im Eingange die geschehene Ernennung, Production und Vereidung, der Zeugen, (in manchen Gerichten sogar mit Einschaltung des Zeugeneides.***)) erzählen, so wie, daß dieselben verhört worden seyen, und die nachfolgenden Aussagen, zu den Artikeln und Fragstücken, ertheilt hätten; — auch,

2) in dem Zeugenrotul, nicht nur

a) *alle* Fragstücke und Artikel, zugelassene und verworfene, auführen, sondern auch

*) sollte heißen «wesentlichen Einfluß» oder «Einfluß» schlechthin. M.

**) Muß heißen «mit diesem Beweismittel»: nämlich den Zeugen. Vergl. meine Materialkritik, Entwurf LVII. M.

***) Gibt es eine gewissenlosere Papierversudelei? M.

b) *alle* Zeugen: selbst die verworfenen und vor der Abhör gestorbenen; und

c) zu jedem Fragstück und Artikel, worüber Zeugen wirklich verhört worden sind, die Aussagen eines *jeden* Zeugen eintragen, welcher über das einzelne Fragstück oder den einzelnen Artikel vernommen worden ist: so daß, wenn auf der linken Seite des halbgebrochenen Bogens, oder voran, über den ganzen Bogen herüber (in extenso), das Fragstück oder der Artikel in den Rotul eingetragen ist, alsdann, gegenüber, zur rechten Hand, oder unmittelbar unter die Frage, (etwas eingerückt) *jeder* Zeuge mit seiner *Numer*, und, hinter dieser, dessen Antwort, aus dem Verhörprotocoll, abgeschrieben wird. Zu diesem Zwecke muß der Actuar alle einzelnen Zeugenverhörprotocolle Litt. B. I. offen vor sich legen, um, wenn er ein Fragstück oder einen Artikel eingetragen hat, nachzusehen, *welcher* Zeuge hierüber vernommen worden: um dessen Antwort hierauf in den Rotul zu tragen, nach der nämlichen Folge, wie im directorio die Zeugen mit Numern bezeichnet sind. Zugleich muß er Solches mit dem directorio vergleichen: eines Theils, um die Richtigkeit der Ordnung zu prüfen; andern Theils aber auch um nachzusehen, ob *solche* Fragstücke und Artikel, welche zwar vom Producten und Producenten gestellt wurden, worüber jedoch, laut jenen einzelnen Zeugenprotocollen, die dazu ernannten Zeugen *nicht* vernommen worden sind, *verworfen* worden seyen, oder was sie sonst für ein Schicksal gehabt haben. Dieses wird dann, dem Fragstück oder Artikel gegenüber, oder unter denselben, *bemerkt*; resp. hinter der Numer des dazu ernannt gewesenen Zeugen. Daher z. B. die Erscheinungen in den Zeugenrotuln „test. 1) cessat. test. 3) cadit.“ oder das Wort: *verworfen, aufgegeben, gestorben etc.*

Martin §. 190.

Ist der Rotul auf solche Weise zusammengewebt, so daß man aus ihm *auf ein Mal übersehen kann*, was *jeder* Zeuge zu *jedem* ihn betreffenden Fragstück oder Artikel ausgesagt hat, so wird, am Schlusse des Rotuls, auch noch bemerkt, daß jedem Zeugen seine Aussage, bei dem Verhör, nochmals vorgelesen, und diese von ihm genehmigt und bestätigt, worden sey. Es wird wohl auch der geschehenen Auflage des Stillschweigens gedacht, und das Ganze wie eine, vom Gericht ausgefertigte förmliche Urkunde, geschlossen, unter Hinzufü-

gung des *Collectiv*-Namens vom *Gericht*. Das Concept des Rotuls wird nun erst mundirt, von dem Richter, unter dem *Collectiv*-Namen des Gerichts *selbst*, unterschrieben, und mit dem Gerichtssiegel versehen. Nun wird er, verschlossen, zu den Acten, oder, ausserhalb der Acten, unverschlossen, in einem dazu bestimmten Behältnisse, niedergelegt, bis der Zeugenrotuls-Eröffnungstermin eintritt.

Zus. ad. Martin l. c.

Jene einzelnen Zeugenprotokolle aber, und jenes Concept des Rotuls, kommen, der Regel nach, gar nicht zu den Acten, wenn nicht (wie im summar. Process oft der Fall ist) gar kein Rotul gefertigt werden soll. In diesem Falle werden die Verhörprotocolle zu den Acten genommen, und es bedarf auch keines Entwurfs des Rotuls.

Die Zeit der Fertigung des Rotuls ist verschieden, und richtet sich darnach, ob noch die Zulässigkeit eines Zeugen in Frage steht oder nicht. — Sind sie aber *salvis except.*, vereidet, so folgt Verhör und Rotulfertigung bald, noch ehe das Productionserkenntniss §. 94 — ertheilt wird. Sind aber, auf die Zeugen sich beziehende, Streitfragen zu entscheiden, so wird erst die *Rechtskraft* jenes Erkenntnisses erwartet, und man verhört einstweilen nur die nicht als inhabil angefochtenen Zeugen. Die von andern Gerichten durch Requisition erwirkten Zeugenrotuln bleiben selbstständig, i. e. werden dem Rotul des *forum litis pendentis* nicht einverleibt.

Specialanleitung

zur

Civilreferirkunst.

§. 109.

Schema einer Relation über das erste Verfahren.

I. Bei der chronologischen Referirart.

Hier folgt:

- 1) das praeloquium oder resp. die Rubrik.
- 2) Die etwa nöthige und mögliche Geschichtserzählung.
- 3) Der vollständige Actenextract: jedoch gehörig geordnet.
- 4) Der gutachtliche Theil: in Consideranda oder Fragen abgetheilt; Deren Reihenfolge ist hier folgende:
 - a) die legitimatio ad processum: auch ex officio!
 - b) die Beleuchtung der Gerichtszuständigkeit, wenn die Acten dazu Anlaß geben.
 - c) Diejenigen Fragen, welche die Natur und Begründung der Klage betreffen. Hierunter prüft man nun alle einzelnen Einreden, welche den Libell als fehlerhaft anfechten, und auch die legitimatio ad causam kann hier in Frage kommen.
 - d) Hierauf das considerandum, ob Beklagter sich auf die Klage einlassen müsse. Hierunter kann man alle der Einlassung vorangeschickte Einreden prüfen, welche unter a — c. nicht schon vorgekommen sind. Auch die except. praest. cautionis gehört, nach der chronologischen Referirart, hieher, obgleich es unverwehrt ist, sie gleich neben der legitimatio ad processum, in einem Separat-Considerando, zu beleuchten.
 - e) Ob der Beklagte hinreichend litem contistirt habe?
 - f) Ist die Klage eingestanden, oder bedarf sie eines Beweises?
 - g) Wer muß die Hauptbeweislust übernehmen?
 - h) Was ist zu beweisen?
 - i) Wie sind die gemeinen peremptorischen Einreden beschaffen?

k) Was ist wegen der Nebenpunkte zu erkennen, insonderheit wegen der Unkosten?

5) Das Collectivvotum. — Sollte eine nicht connexe Wiederklage in den Acten stehen, so wird ihre Geschichtserzählung und ihr vollständiger Actenextract erst nach Totalerledigung der Vorklage, in einer 2ten Separatrelation, vorgetragen. Die gemischte Relation nimmt den nämlichen äußern Gang, nur daß im Innern des Actenextractes die dort erwähnte Unvollständigkeit in der Erzählung des Materials, im gutachtlichen Theile nachgeholt wird.

§. 110.

Schema der methodischen Relation aus dem ersten Verfahren.

Hier kömmt zunächst Das zur Anwendung, was Band I. S. 418 — 426. zur Regel gegeben ist. Wenn man aber zum Vortrag der Specialstreitpunkte gekommen ist, entspricht folgende Ordnung der Eventual-Maxime:

a) die exceptio praestandae cautionis. Vergl. Genslers Comment. über Martin §. 299.

b) Die legitimatio ad processum. Hier ex officio!

c) Die etwa vorgeschützte exceptio fori incompetentis.

d) Die gemeinen verzögerlichen Einreden, mit Ausnahme der *sub* a) et b): und zwar:

α) diejenigen, welche auf einen vom Richter oder Kläger verschuldeten Fehler im Verfahren gerichtet sind, z. B. termini nimium angusti, oder non rite formati processus.

β) Die exceptio deficientis legitimationis ad causam.

γ) Die auf einen solchen Fehler der Klage gerichteten Einreden, wodurch der Beklagte eine absolutio ab instantia bezweckt, z. B. obscuri libelli.

e) Die sogenannten gemischten Einreden, wodurch der Beklagte den Libell als noch zur Zeit unstatthaft darstellt, z. B. excussionis; etc.

f) Die zur Verhütung des Processes vorgeschützten peremptorischen Einreden, und zwar die wichtigsten voran.

g) Die Einlassung: mit denen sich hierauf beziehenden Streitpunkten.

h) Die Beweislast und das Beweisthema.

i) Die *nicht liquiden* gemischten Einreden: in sofern dieselben hinter der *litis contestatio* wiederholt sind.

k) Die gemeinen rein peremtorischen Einreden.

l) Die sämtlichen Nebenpunkte.

Ist eine Widerklage zu den Acten gekommen, so muß schon in der äußeren Proceßgeschichte bemerkt werden, wo dies geschehen sey, und zugleich wird ihr concentrirter Inhalt angegeben. Allein die ihr angehörigen Streitpunkte werden erst dann vorgetragen, wann das *Collectivvotum* in der Hauptsache gestellt ist.

§. 111.

Relation, wann im ersten Verfahren der Beweis anticipirt ist.

Da in einem solchen Actenstücke beiderlei Hauptzwecke des Processes zusammentreffen:

1) die gegenseitigen Bahauptungen der Parteien aufzustellen, und beantworten zu lassen; (Object des sogenannten ersten Verfahrens) und auch

2) den Richter von der Wahrheit der verneinten Behauptungen zu überzeugen (Object der Beweis Instanz); — so müssen sowohl in der chronologischen, als in der methodischen, Relation beiderlei Elemente berücksichtigt werden. Der Referent muß bedenken:

a) was gehört zum ersten Verfahren? — wie sind die dahin gehörigen Streitpunkte zu entscheiden?

b) was gehört zur Beweisprocedur, und wie habe ich insofern zu votiren?

Daher muß,

I. in der chronologischen Relation,

1) der historische Theil sich nicht nur

a) über die Klage, über die dilatorischen und die proceßhindernden Einreden, so wie über die Einlassung, und die *peremptorias simplices* verbreiten; sondern auch

b) über das: wann, wie und womit, der Beweis freiwillig angetreten worden sey? Desgleichen muß das Factische der Beweismittel dem Extracte eben so einverleibt werden, als wäre der Beweis nach einem vorgeschriebenen Beweisthema angetreten und geführt worden.

2) Im gutachtlichen Theile kommen

a) die nämlichen Fragen, oder *consideranda*, zur Anwendung, welche *sub* §. 109. Nr. 4. für das erste Verfahren bemerkt worden sind: so daß, wenn die Klage nicht verworfen wird, der Referent,

b) nach geschehener Prüfung der *litis contestatio*, und nach gefundenem *Deciso*:

„Denjenigen Theil, welcher den Beweis freywillig „angetreten hat, treffe wirklich die Beweislast.“ durch ein *Specialvotum* bestimmt, *was* die den Beweis antretende Partei zu erhärten habe: um hierauf zur Beleuchtung des anticipirten Beweises überzugehen.

In diesem letzten Gebiete werden dann die nämlichen *consideranda* aufgestellt, welche in einer Relation über das Verfahren nach *auferlegtem* Beweise proponirbar sind. cf. §. 112.

Von den *Fatalien* des Beweises kann jedoch hier die Rede nicht seyn: weil ja vorausgesetzt wird, daß ein Beweistermin noch nicht vorgeschrieben war. Wohl aber kann eine Prüfung der Beweisantretung sich nothwendig machen: „ob sie dem aus der *Litiscontestatio* zu schöpfenden Beweisthema entspreche: desgleichen auch eine Beleuchtung der Fragstücke, (ob sie zulässig sind, u. s. w.) Alle diese Punkte können besondere *consideranda* und *Specialvota* erheischen: so daß wohl auch ein sogenanntes Productionserkenntniß das Resultat der Relation ist. Sind aber die Beweismittel zulässig; sind die Zeugen schon abgehört; die Urkunden anerkannt, ja gar die Deductionsschriften eingebracht; so entsteht dann, wie nach einem auferlegten Beweise, die Frage: ob der anticipirte Beweis gelungen sey oder nicht. Wäre auch schon der indirecte Gegenbeweis in den Acten, so entsteht nun das besondere *considerandum*, ob dadurch der Hauptbeweis elidirt sey.

c) Die selbstständigen Nebenpunkte.

3) Das *Collectivvotum*. Dieses kann hier sehr zusammengesetzt ausfallen. Es kann zum Object haben:

a) das Resultat der der Einlassung vorausgehenden Einreden.

b) Die Beweispflicht, und was zu beweisen sey.

c) Die Zulässigkeit des angetretenen Beweises, und der Beweismittel.

d) Das Resultat der Beweise selbst; und

e) die selbstständigen Nebenpunkte.

II. Bey der Absonderungsmethode muß,

1) nach der etwa nöthigen Geschichtserzählung,
2) die allgemeine Proceßgeschichte ebenfalls nach der amphibischen Lage der Acten abgemessen werden. Sie wird daher, der Reihe nach, Folgendes darstellen:

a) den concentrirten Inhalt, und das Gesuch, der Klage.

b) Deren Mittheilung an den Beklagten.

c) Dessen Antwort, und zwar:

α) besonders den Inhalt der *litis contestatio*.

β) Ein allgemeines Anführen der peremtorischen Einreden.

d) Die Mittheilung der Exceptionsschrift an den Kläger.

e) Dafs des letztern Replik zu den Acten gekommen, und darin von ihm der Beweis freywillig angetreten, sey. Hätte *der Beklagte* den Beweis anticipirt, so wäre dies, und wo es geschehen, in der Proceßgeschichte zu erwähnen.

f) Worüber, und mit welchen Mitteln, der Beweis anticipirt sey.

g) Was der Product nach vergängiger Mittheilung an ihn, gegen jene Beweisantretung, im Allgemeinen vorgenommen habe: nämlich «er hat Fragstücke eingereicht etc.»

h) Was etwa sonst bis zum Actenschlusse vom Richter, zum Zwecke des Beweises, verfügt, und von den Parteien verhandelt, sey, z. B. Production der Originalurkunden; ob der Beklagte Beweiseinreden vorgeschützt habe; Alles jedoch ohne specielles Eingehen in das Material. Von diesem wird immer nur so viel eingewebt, als zum Verständniß der Proceßgeschichte, und der jetzigen Actenlage, unentbehrlich ist. Nebenpunkte, die nicht präjudiciell sind, können hier ganz unerwähnt bleiben.

Nach jener Proceßgeschichte geht der Referent:

3) über zum Vortrage des innern Materials: um nun die einzelnen Streitpunkte separat vorzutragen, und mit Specialvotis zu begleiten.

Hier tritt nun

a) die nämliche Reihenfolge ein, wie wenn über ein *reines* erstes Verfahren zu referiren ist.

Ist aber

b) der Referent zum Vortrage der *litis contestatio* vorgerückt, so muß er deren Inhalt speciell angeben; wenigstens mit Rückbezug auf die äußere Proceßgeschichte. Hat er dabei *per votum speciale* decidirt, welcher Partei nach dem Inhalt der *litis contestatio* die Beweislast aufliege, und was von ihr zu beweisen sey; so wendet er sich:

c) zu dem freiwillig angetretenen Beweise selber.

Hier werden nun

α) diejenigen Streitpunkte einzeln vorgetragen, welche dem Productionsverfahren angehören: welche z. B. die Irrelevanz des Beweises überhaupt, oder die Fehler einzelner Artikel etc., oder die Unzulässigkeit der Beweismittel, betreffen; und hieran hängt er dann seine *Specialvota*: um sich demnächst

β) ins innere Material der *probatio* zu wenden, um mit Rückbezug auf das ausgemittelte, wahre, Beweisthema zu prüfen, ob und wie weit der freiwillige Beweisführer bewiesen habe. Hier kommen nun die Regeln *des* §. 111. zur Anwendung.

Wäre auch freiwillig Gegenbeweis angetreten, so verfährt Referent hier eben so, wie beim Hauptbeweise, um dann die Cardinalfrage zu stellen: *an probatio sit elisa?*

d) Ist kein Gegenbeweis angetreten, so wird erst nach Prüfung des Hauptbeweises auch jede gemeine *peremptorische* Einrede einzeln vorgetragen, um nun hier, über jede, ein *Specialvotum* aus dem Gesichtspunkte zu geben: ob sie zur Grundlage einer indirecten Gegenbeweisführung sich eigne. Hier fällt also der Referent theilweise ins gemischte Verfahren zurück. Sollte jedoch der Klaggrund vollkommen bewiesen seyn, so daß die Beweislast nunmehr auf den Beklagten fällt, so sind die zerstörenden Einreden eben so erst zu prüfen, wie eine Klage.

e) Hierauf die Nebenpunkte selbstständiger Art, z. B. Kosten etc.

IV. Das *Collectivvotum*, eben so wie bei der chronologischen Relation.

§. 112.

*Relationen über den durch ein Zwischendecret auf-
erlegten, und hierauf angetretenen, Beweis.*

Hier erscheint:

1) das *Productionsverfahren*: i. e. die Handlung, wodurch der Beweis, mit Angabe der Beweismittel, angetreten wird, und nun die eine Partei die Antretung und die äussere Form des Beweises, als eine zulässige, rechtfertigt; die andere aber, als eine unzulässige, bekämpft. Sind die Acten so geführt, daß das Productionsverfahren einen besonderen Abschnitt bildet, so beschränkt sich auch *Referent* hierauf, und das *Collectivvotum* wird zum Material eines Productionserkenntnisses. Das Nämliche tritt in Rücksicht des Gegenbeweises (*Reproductions-Verfahrens*) ein, und es ist möglich, daß das *Collectivvotum* zugleich zu einem Productions- und Reproduktionserkenntnis wird.

Rechtsfälle p. 145. 157. 350.

2) Das eigentliche Beweisverfahren, oder Hauptverfahren, worin die Beweismittel wirklich producirt werden, und ihre Beweiskraft eruiert wird: so daß, nach ihrer vollendeten Benutzung, die Parteien das Resultat derselben resp. zu rechtfertigen, oder anzufechten, streben. Ist dieses Hauptverfahren schon bey den Acten, so geht der Zweck der Relation dahin, zu erweisen, ob, wie, wie weit, oder ob gar nicht bewiesen, sey; und das Resultat des *Votirens* wird ein Endurtheil.

Rechtsfälle p. 49. 53 u. 112.

Ist das Hauptverfahren auf das Productionsverfahren gefolgt, ohne daß ein Productionserkenntnis in der Mitte gelegen wäre, so hat die Relation natürlich ein doppeltes Material, und eine doppelte Tendenz, nämlich:

a) voran geht im *Collectivvoto* ein Productionserkenntnis; und

b) dann folgt eine reine *sententia definitiva*, i. e. das *Collectivvotum* wird zum Material einer sogenannten *sententia mixta*.

In Ansehung:

I. der chronologischen Referirart treten hier die allgemeinen Regeln ein, von der Herstellung des Actenextracts, und von der *considerandis*: so viel sich ihrer hier einzeln nothwendig machen.

II. Bey der Absonderungsmethode, aber geht auch hier :

1) wo möglich eine Geschichtserzählung vorans.

2) Die allgemeine äussere Proceßgeschichte nimmt den §. 111. Nr. II. angegebenen Gang; nur wird zugleich bemerkt, das Verfahren sey geschlossen, und förmlich auf Beweis erkannt. Dabei wird der entscheidende Theil des Beweisinterlocuts wörtlich vorgetragen, oder vorgelesen. Ist das Beweisthema speciell und rechtskräftig vorgeschrieben, so kann man hier den Auszug aus der *litis contestatio* entbehren. War vielleicht schon im ersten Verfahren Beweis versucht, jedoch für nicht hinreichend erkannt, so daß auf besseren Beweis interloquirt worden ist; so erwähnt Referent dieses bloß: denn das *Ergebnis* dieser unvollständigen anticipirten Beweisführung wird erst unten *sub* 3. nochmals, in Verbindung mit dem Resultat der auferlegten Beweisführung, geprüft.

Nach dem Vortrag des Beweisinterlocuts gedenkt Referent der eingetretenen Rechtskraft; hierauf der Beweisantretung und der Beweismittel, wie oben §. 111. angegeben ist. Wäre auch Gegenbeweis angetreten, oder versäumt, oder Streit darüber in den Acten, so wird auch dessen, jedoch nur im Allgemeinen, proceßhistorisch gedacht.

Nach Beendigung der äussern Proceßgeschichte wendet sich der Referent:

3) zu dem Material der einzelnen Streitpunkte, i. e.

a) zur Beleuchtung des Legitimationspunktes;

b) zu denjenigen Puncten, worüber die vorige rechtskräftige Sentenz einem der streitenden Theile vielleicht etwas auferlegt hat: um zu prüfen, ob dies gehörig erfüllt sey (z. B. die Cautionsleistung.)

c) hierauf zu den Formalien des Beweises, hauptsächlich: von wem, und quo jure, die *exceptio desertae probationis* vorgeschützt sey: denn dies ist Praejudicialpunkt.

d) zu den Streitpunkten über die Zulässigkeit des Beweises überhaupt, so wie über die Zulässigkeit und Qualitäten der einzelnen Beweismittel. Jeder angefochtene Bestandtheil des Beweises, und jedes angefochtene Beweismittel, bildet hier einen besonderen Streitpunkt, dessen Material separat vorzutragen ist, zum Behuf eines concernenten Specialvoti. Erledigt sich die Relation mit den Streitpunkten des Pro- und Reproductionsver-

fahrens, so wird das Collectivvotum, auch hier, nur zum Material eines Pro - und Reproductionserkenntnisses. Sind aber die Beweismittel schon zu ihrem Zweck benutzt, z. B. die Instrumente recognoscirt, so schreitet Referent

e) zur Prüfung des inneren *Materials* vom Beweise fort; i. e. zur Prüfung, ob und wie weit bewiesen sey. Hier muß er das Beweisthema, ganz oder partiell, an die Spitze stellen, so oft er, zu jedem einzelnen Satze, vorzutragen hat, was die gebrauchten Beweismittel, in Beziehung auf ihn, geleistet haben.

Hier kann es nöthig werden, in den etwa vorhandenen, freiwillig anticipirten, Beweis zurückzugehen, um von dorthier beizuholen, was zur Erhärtung der vorliegenden Thatsache durch ihn prästirt ist. Bei *mündlichen* Relationen liest man die erheblichsten Zeugenaußsagen, und die concernenten passus der Urkunden, gewöhnlich verbotenus vor; so wie auch die Formel des Schiedseides. Bei schriftlichen Relationen hingegen zieht man die Aussagen der Zeugen zweckmäßig kurz zusammen, citirt aber die Folie der Acten, und die Numer des Artikels: damit der Lesende nachschlagen könne. Ebenso verfährt man mit dem Inhalt der Instrumente. — Hat Referent das aus den Acten gehobene Resultat der Beweismittel vorgetragen, so fügt er nunmehr, aus den etwa vorhandenen Hauptschriften, Dasjenige hinzu, was hier die Parteien zur Salvation, oder resp. Inpugnation, vorgetragen haben: so daß dieser Extract aus den Hauptschriften dem Voto vorangeht.

f) Ganz auf die nämliche Weise verfährt dann Referent mit dem etwa vorhandenen indirecten Gegenbeweis, wofern dieser eines besondern Examens bedarf: denn wäre der vorangegangene Hauptbeweis mißlungen, so gölte die Regel: «actore non probante, reus absolvitur.»

g) So viel nun einzelne Streitpuncte in dem bezeichneten Gebiete vorliegen, eben so viele Specialvota entstehen. Sind diese alle abgethan, so folgt nun, als Resultat aus ihnen,

4) das Collectivvotum, welches überhaupt ausspricht: ob und in wie weit bewiesen sey. Es muß den Beklagten entweder entbinden, oder condemniren: sey es nun pure,

oder unter der Bedingung des Notheides, welcher bald dem Kläger, bald dem Beklagten, auferlegt wird.

Grundsätze p. 256.

§. 113.

Relation in der Rechtsmittelinstanz.

Hier muß sich Referent durch das Actenlesen genauestens unterrichten, welche Punkte der Sache jetzt noch litigiös seyen, d. h. ob noch der ganze Rechtsstreit, oder nur der eine oder andere Punct der angefochtenen Sentenz. Zu diesem Zweck hat er zunächst die Einwendungs- und die Justifications-Schrift, mit den hierin aufgestellten Gravaminibus gegen die jüngste Sentenz, zu lesen, und die Gravamina mit der angefochtenen Decision zu vergleichen.

Die Relation ist auf die Punkte zu beschränken, welche in den Beschwerden enthalten sind. Von allen übrigen rechtskräftigen membris ist nur so viel zu erwähnen, als zur Verständlichkeit der noch litigiösen Punkte nöthig erscheint. Soll nun

1) chronologisch referirt werden, so macht

1) auch hier die Geschichtserzählung den Anfang: jedoch berechnet auf das Object der Beschwerden.

2) Der Actenextract: nach den gemeinen Regeln; nur daß man hiebei insonderheit blos *die* Beschwerden, welche hinterher begutachtet werden sollen, scharf im Auge behält, und nur das extrahirt, was ihnen angehört, — was als die Basis ihrer Verständlichkeit und Entscheidbarkeit anzusehen ist. Alles andere zur Aufklärung unnöthige Material bleibt hinweg. Dieselbe Cautel beobachtet der Referent in Beziehung auf das aus den frühern Acten nachzuholende Material. Nach beendigtem Extract geht der Referent

3) in den gutachtlichen Theil über; und hier treten zunächst die allgemeinen Principien ein, z. B. Beleuchtung der Legitimation etc.; und alsdann erst folgen die *der Materie* der Procedur entsprechenden Consideranda (*cf. Nr. II.*).

II) Bey der Absonderungsmethode steht hier

1) die Geschichtserzählung voran.

2) Die allgemeine Proceßgeschichte, von der Klage an bis zum Actenschluß in demjenigen Verfahren, wo das Rechtsmittel eingelegt und verhandelt wurde. Sie

beschränkt sich jedoch nur auf Das, was zur vorläufigen Uebersicht der jetzt noch streitigen Punkte dienen kann. Man läßt also *vom Material* der Sache nur so viel einfließen, daß der Ursprung der Gravamina daraus hervorleuchtet; insonderheit sind jedoch die Zwischenerkenntnisse, welche auf den jetzigen Streitpunct influiren, präcis mitzutheilen. Ist man nun mit dieser Proceßgeschichte bei der letzten angefochtenen Sentenz angekommen, so wird nur noch erwähnt, *daß* ein remedium gegen solche interponirt worden sey: mit Bemerkung der aufgestellten Beschwerde. Detsgleichen, ob jenem remedium bereits deferirt worden, und ob die Procedur hierüber schon beendigt, sey, oder ob vielleicht *die Zulässigkeit* des Rechtsmittels selber noch in Frage stehe. Hierauf geht der Referent

3) in das Material der einzelnen Streit- und Entscheidungspuncte über; und zwar,

a) auch hier, zuerst zu dem Legitimationspunct; dann

b) zu den Formalien des Rechtsmittels. Sollte der Interponent, wegen Versäumniss der Formalien, um Restitution gebeten haben, so ist dieser Punct sogleich hier zu berücksichtigen, und ein Specialvotum über die Restituirbarkeit auszusprechen. Es wird jedoch die Entscheidung hierüber bisweilen ausgesetzt, bis auch die Materialien geprüft sind: weil, wenn diese unerheblich wären, das Restitutionsgesuch sich von selbst erledigte: indem keine laesio vorhanden wäre, und also die essentielle Bedingung alles Restituirtwerdens hinwegfiel. Hierauf wird

c) Dasjenige vorgetragen, was auf die Zulässigkeit des Rechtsmittels in Absicht des objecti litis, der Proceßart, und dergleichen, Bezug hat.

Martin §. 271 et 274.

Wird nun das Rechtsmittel für nicht versäumt, und für zulässig, erachtet, oder hängt die Frage, ob die gebetene Restitution zu ertheilen sey, erst noch vom Werthe der Materialien ab; so geht Referent

d) in die Materialien ein. Jede einzelne selbstständige Beschwerde bildet nunmehr einen einzelnen Streit- und Entscheidungspunct, zu welchem der Referent alles demselben ausschließlich angehörige Material speciell und separat vortragen muß: um darüber separatim zu votiren, ob diese einzelne Beschwerde gegründet sey, oder nicht; und also das angefochtene Erkenntniss in

diesem Punct abgeändert werden müsse, und wohin? oder ob die vorige Entscheidung zu confirmiren sey?

Hier tritt nun oft der Rückblick in die vorige Instanz ein: wenn nämlich nur aus dem dortigen Material sich entscheiden läßt: ob die jetzige Beschwerde gegründet sey, oder nicht; z. B. ob bewiesen sey, oder nicht. Der Referent braucht sich jedoch in diesem Abschnitte nicht gerade an *die* Ordnung der Gravamina zu halten, welche der Revident, Appellant, Querulant etc. gewählt hat; sondern er muß zuvörderst bedenken, ob nicht vielleicht mehrere Beschwerden das Nämliche sagen. Auch ist es möglich, daß in *einer* Beschwerde, umgekehrt, mehrere versteckt sind.

Im ersteren Falle hat der Referent zusammenzuschmelzen; so wie auch dann, wann Connexität der Beschwerden eintritt. Im letztern Falle hingegen muß er ex officio zerspalten. Sollte jede Partei ein Rechtsmittel ergriffen haben, so entscheidet ihre Connexität oder Inconnexität, ob die Beschwerden beider Theile zugleich zu prüfen sind, oder ob sie gleichsam als 2 verschiedene Relationen nacheinander vorgetragen werden müssen.

Im letzteren Falle ist aber auch noch zu bedenken, welches Rechtsmittel vorangehen müsse: denn die Zeit der Einwendung entscheidet nicht immer, und ebenso wenig die Eigenschaft eines Klägers oder Beklagten; sondern der Referent muß bedenken, ob nicht vielleicht das eine remedium die Verständlichkeit des andern präparire, oder gar präjudiciell sey. Ist nun jede einzelne Beschwerde, auf jene Weise, geprüft, und über jede speciell votirt, so folgt nun

4) das Collectivvotum. Dieses muß, in beiderlei Referirmethoden, der Regel nach, enthalten:

a) Verwerfung oder Gestattung des Rechtsmittels.

Jenes resp. wegen versäumter Formalien, oder wegen Irrelevanz der Beschwerden, oder weil das Mittel aus einem andern Grunde unzulässig ist, z. B. wegen fehlender *summa appellabilis*;

b) oder ein Erkenntniß über die Beschwerde, von deren *materiellem* Gesichtspunkte aus: und zwar entweder

α) rein bestätigend, oder

β) ganz reformirend, oder

γ) gemischt, d. h. nur theilweise confirmatorisch: wohl auch etwa im Allgemeinen zwar bestätigend, aber doch mit angehängter *Erklärung* des angefochtenen Urtheils.

§. 114.

Extracte und Relationen aus Concursacten.

Hier muß der Referent zuvörderst durch sein cursorisches Actenlesen sich unterrichten, ob entweder

I. der Concurs noch im Entstehen sey: d. h., ob hier nur die Frage vorliege, ob er eröffnet werden dürfe, oder nicht;

II. oder ob die Gläubiger ihre Forderungen, nach vorgängiger öffentlicher Ladung, bereits liquidirt, und hierüber, so wie über die Priorität, wirklich schon verfahren haben, mithin ein Locationserkenntniß zu ertheilen sey; oder

III. ob auch dieses Erkenntniß etwa bereits in den Acten liege: so daß nur über Rechtsmittel, oder andere Folgen desselben, dermalen zu decidiren sey.

§. 115.

Im Fall von I. hat der Referent nicht etwa sich mit der Richtigkeit oder der Location der den Gantprocess veranlassen sollenden Ansprüche zu beschäftigen, sondern:

1) als Geschichtserzählung reicht hin, *die Veranlassung* zu der Frage anzudeuten, ob der Concurs zu eröffnen sey: z. B. daß bisher viele Gläubiger wider den Schuldner rege geworden seyen, und ihre Zahlung nicht haben erlangen können; oder daß der debitor flüchtig geworden sey, oder seine Zahlungsunfähigkeit selber angezeigt habe.

2) Als Processgeschichte der Vortrag alles Dessen, was bisher zur Präparation des etwa zu erkennenden formellen Concurses, von Richteramts wegen, verfügt, oder von Seiten der Interessenten zu den Acten gebracht worden, sey. Hierbei braucht der Referent die Forderungen noch nicht einzeln anzugeben, sondern bloß eine summarische Uebersicht ihrer Totalsumme. Hiernach muß

3) das Material, durchaus nach der Separationsmethode, behandelt werden; und es wird am zweckmäßigsten in folgende Betrachtungen zerlegt:

a) über die Competenz des Gerichtsstandes, wor vor der Gant eingeleitet worden ist.

b) Die Hauptfrage: ob die Bedingungen vorhanden seyen, den formellen Concurs zu eröffnen. Hier ist

nun die nächste Unterfrage: ob des Debtors Vermögen für überschuldet angesehen werden könne. Dabei macht sich nun eine genauere Zusammenstellung und Prüfung der Activ- und Passivmasse erforderlich: wiewohl auch hierbei selten von mathematischer Gewissheit ausgegangen werden kann; sondern die Wahrscheinlichkeit genügen muß, die Passivmasse sey stärker als die Activmasse. Im Falle einer freiwilligen *cessio bonorum* hat diese Untersuchung weniger Zweifel; allein dann entsteht die andere Unterfrage: ob dem Cridarius das *beneficium cessionis bonorum* gestattet werden könne.

Siehe Thibaut §. 1222.

Im Falle nun der Referent für die Eröffnung des Concurres votirt, so muß ein *decretum de aperiundo concursu* erfolgen; und er hat also

c) bei sich zu erwägen, was nun zu diesem Zwecke weiter zu verfügen sey. Dahin gehört vorzüglich die Edictalladung an die unbekannten, und, gemeinem Rechte nach, die Privatladung an die bekannten, Creditoren auf einen Liquidations- oder Professions-Termin; ferner die Untersagung der Disposition des Cridarius über die Bestandtheile seines bisherigen Vermögens: wofern sie in diesem Falle nicht schon früher verfügt war, resp. wohl auch dessen *exmissio*, Verhaftung, oder öffentliche Vorladung; ferner die Versiegelung der Mobilien; die Errichtung eines Inventars; der öffentliche Verkauf der Consumptibilien; die Bestellung eines Güterpflegers, eines Contradictors etc.

cf. Martin §. 313.

Ueberdies können

d) noch mancherlei zufällige Präjudicial- und Nebenfragen hier zu erörtern seyn: z. B. über den Versuch eines Nachlaßvertrags, über Manifestation, über das in Anspruch genommene *beneficium competentiae* etc. Die Verschiedenheit der Acten und die Irregularität des Concurprocesses, in welchem nämlich ein und derselbe Streitpunkt bisweilen früher, bisweilen später, vorkommt, macht eine Specification dieser zufälligen Nebenconsideranda unmöglich. Der Umfang und die Ordnung der verschiedenen Entscheidungspuncte ist daher vorzüglich ein Problem des *judiciums* und der Rechtskenntniß des Referenten.

4) Soviel endlich das *Collectivvotum* betrifft, so besteht dasselbe auch hier in einer Repetition und schicklichen Zusammenstellung obiger Specialvota über die einzelnen Puncte des materiellen Theiles.

§. 116.

Wenn (*ad II. des §. 114.*) der Conkurs schon eröffnet war, und also vom Referenten auf ein Locations- oder Prioritäts-Urtheil hingearbeitet werden muß, so ist es zweckmässig:

1) auch hier, als Geschichtserzählung, die Veranlassung des Gantprocesses vorzutragen; sodann

2) eine allgemeine Proceßgeschichte zu entwerfen, um in ihr die Hauptmomente der Procedur herauszuheben. Dahin gehört vorzüglich:

a) auf welche Art der formelle Conkurs eröffnet worden sey: z. B. ob durch ein decretum de aperiundo concursu, oder durch eine sofortige Edictalladung.

b) Ob ein Contradictor, oder ein Güterpfleger, und in wessen Person, er bestellt worden sey.

c) Was von Gerichtswegen vorgenommen ist, um die Activmasse zu sichern: z. B. ob ein Inventarium gefertigt wurde, Versilberungen (Auctionen) geschehen sind; etc.

d) Die geschehene Liquidation der Forderungen im Liquidationstermin. Es sind jedoch, diesen Ortes, die einzelnen Creditoren, und die einzelnen Forderungen, noch nicht zu benennen.

e) Ob der Contradictor die nicht erschienenen Gläubiger, der Contumacia, accusirt habe; und ob ein Praeclussivbescheid in den Acten bereits vorliege.

f) Der Anfang und die Beendigung des Liquidations- und resp. Prioritätsverfahrens.

g) Der erfolgte Actenschluß. Auch hier kann man nicht immer von gleichen Regeln ausgehen: denn noch mancherley Punkte sind möglich, die der Referent hier in der Proceßgeschichte zweckmässig erwähnt, um sie dann im materiellen Bestandtheile der Relation zu beleuchten, z. B. die Vindicationen, das Gesuch des Creditarius um Alimentation etc.

Nach Beendigung einer solchen äusseren Proceßgeschichte wendet sich der Referent

3) zu den Materialien des Concurses. Hier lassen sich folgende Hauptabschnitte des Vortrages denken:

A) Specialvortrag derjenigen einzelnen Actus, welche, im Gefolge des decreti de aperiundo concursu, geschehen sollen, und zwar, ob und wie sie instruiert worden seyen. Jeder einzelne dieser Punkte wird, wofern sich

ein Zweifel an ihm vorfindet, als besonderer Streitpunct behandelt, und ein Specialvotum darüber ertheilt, welches das Geschehene entweder für legal und genügend erklärt, oder was deßhalb noch geschehen müsse, proponirt.

B) Vortrag der einzelnen Ansprüche an die Masse. Jede einzelne Forderung bildet natürlich das Problem eines Specialvoti.

C) Vortrag der Streitigkeiten über die Priorität der Gläubiger; und endlich

D) das Collectivvotum über die Puncte *sub A, B et C.*: als das Material des Locationserkenntnisses selber.

§. 117.

Ad A. des §. 116. Dieser erste Abschnitt hat vorzüglich folgende Consideranda zum Objecte.

1) Ist die Edictalladung gehörig erlassen worden: so daß ein rechtsgiltiger Präclussivbescheid darauf gegründet werden konnte; und ist dieser Bescheid schon ertheilt, oder noch zu ertheilen, und mithin dem Locationserkenntnisse einzuverleiben?

2) Ist ein Contradictor und ein Güterpfleger gesetzlich bestellt worden, auch gehörig vereidet; und ergibt sich somit seine Legitimatio ad acta aus unsern Acten.

3) Was ist wegen der befohlenen Berichtigung der Activmasse geschehen? Ist hierüber noch etwas zu decretiren, und zu exequiren? z. B. Beitreibung der Ausstände, Veräußerungen, und dergleichen. Ferner: sind die Rechnungen, vom Güterpfleger, abgelegt, und sind sie geprüft?

cf. Claproths Referirkunst §. 176.

4) Sind also die Acten hinlänglich instruiert, um nunmehr ein Locations- und Prioritäts-Erkenntniß erlassen zu können?

NB. In gemeinen Officialrelationen (im Gegensatze der Probevorträge) behandelt man die consideranda dieses Abschnittes möglichst kurz, wo nicht bedeutende Zweifel hervortreten; z. B. der Referent sagt ohngefähr so: «was nun das Material betrifft, so ist

«1) an der geschehenen Edictalladung kein Mangel «erfindlich: denn sie wurde in verschiedenen Gerichten «öffentlich angeschlagen, und auch in mehrere öffentli- «che Blätter eingerückt. Eben so verhält es sich

«2) mit der Bestellung des Contradictors: indem, als «solcher, ein recipirter Advocat erwählt, und auch vom «Richter ausdrücklich beeidigt, wurde: worüber die Acten Nr. 12. vollständige Auskunft ertheilen.»

In solchen unstreitigen Puncten besteht die Pflicht des Referenten mehr im Vortrag einer speciellen Processgeschichte, in welche seine Specialvota formlos sich verweben. Sobald aber erhebliche Zweifel eintreten, muß er, neben der speciellen Processgeschichte eines solchen Punctes, auch die Rechtsgründe pro et contra vortragen, und specialiter darüber votiren. Den Stoff zu diesen considerandis findet er hauptsächlich in den Generalacten des Concurses.

§ 118.

Ad B. des §. 116. Wenn dem Locationserkenntnis kein Hinderniß entgegen steht, so geht nun Referent zum Vortrage der einzelnen Forderungen über. Findet er hier

1) Vindicanten oder Separatisten, so nimmt er diese zunächst vor: speciell, Kopf für Kopf. Zunächst gibt er den Gegenstand, und den Grund dieser Forderung, an (die Klage); sodann die Antwort des Contradictors und dessen etwaige Einreden; dann, ob und wie das Liquidatum bewiesen sey; und gibt hierauf sein Specialvotum, ob das Suchen des Vindicanten statt finde, oder nicht. Auch läßt sich hier ein bedingtes Erkenntnis denken, z. B. auf besseren Beweis, auf einen gesetzlichen Eid (würde Liquidant suppletorisch schwören, daß er, etc.) Hieraufschreitet der Referent zum 2ten Vindicanten fort, und macht über ihn einen ganz separaten Civilvortrag. Sollte eine solche Forderung auch im Liquidationstermine angebracht worden seyn: so daß der Vindicant, subsidiarisch, wenigstens als Concursgläubiger locirt seyn will, so muß dann seine Forderung, wenn er als Vindicant abgewiesen ist, in der Reihe der Liquidanten wiederholt, aus *diesem* Gesichtspunkte abermals beurtheilt, und hier über die Location votirt, werden. Sind keine Vindicanten vorhanden, oder ist der auf sie abzielende Vortrag geschlossen, so wendet sich Referent

2) zu den eigentlichen Liquidanten und Concursgläubigern, die aus der Masse befriedigt seyn wollen. Auch hier bildet eine jede einzelne Forderung einen zu separirenden Streitpunkt. Ja, wenn ein und derselbe Creditor mehrere Forderungen aufstellt, so ist jede einzeln zu erwägen, wenn sie nicht materiell connex sind.

Claproth Referirkunst §. 179.

Genslers Anl. II.

Bei jeder dieser Forderungen muß Referent von zwei Hauptgesichtspunkten ausgehen:

a) Er muß zunächst betrachten den Grund und die Liquidität; und dann erst

b) die Priorität: d. h. ob hier aus irgend einem Rechtsgrunde ein Vorzugsrecht herrsche, in welche Klasse sie also zu lociren sey.

Beide Punkte darf der Referent nicht vereinbaren; er muß vielmehr: ad a) vorerst das Object, das Fundament und das Quantum, der Specialforderung angeben, sodann, was der Contradictor hierauf geantwortet und excipirt, hat. Hiernächst, ob und wie der Liquidant versucht, die Wahrheit seines Liquidatums zu erhärten; ob der Contradictor den Gegenbeweis geführt habe, u. s. w.

Ueber diesen Vortrag stellt er dann sein Votum dahin: ob und in wie weit dieser Specialanspruch für liquid zu erachten sey, oder was noch geschehen müsse, um den Beweis zu vervollständigen. Gar oft nämlich muß im Locationserkenntniß ein Beweis auferlegt werden; z. B. «Jacob Zentner würde in Klasse 4 locirt werden, wenn er, besser als geschehen, bewiese, das depositum irregulare dem Cridarius wirklich eingehändigt zu haben.» Erst hierauf wendet sich Referent

Ad b) zu der Frage, in welche *Klasse* gehört diese Forderung? Hier muß er zunächst erwägen, ob ein Pfand- oder Vorzugsrecht behauptet worden sey; ob ein Gegner dawider aufgetreten sey, und wie weit es für erwiesen erachtet werden könne. Diesem reiht sich die Reflexion an, in welche Klasse die Forderung zu stellen sey. Ist ein Gegner des Prioritätsrechts aufgetreten, so muß Referent das pro et contra, wie es die Parteien vorgetragen, referiren. Geschah es aber auch nicht, so muß er dennoch ex officio prüfen, ob die Behauptung des Liquidanten den Gesetzen entspreche: denn es ist sogar möglich, daß in Concursacten ein Prioritäts-Verfahren gänzlich fehlt, und der Richter die ganze Location von Amts wegen reguliren muß.

Anmerkungen

1) Wenn zwei Gläubiger, als specielle Gegner, untereinander um das Vorzugsrecht besonders streiten, so kann man diesen Streitpunct zweckmäfsig in den Abschnitt *sub C.* (§. 116.) zurückstellen: es wäre denn, daß ein solcher specieller Prioritätsstreit erst das Resultat ergeben müßte, in welche Klasse jeder derselben zu setzen sey: so daß jene Collision als ein Präjudicialpunkt für die Location überhaupt erschiene.

2) Auch der Mangel eines Beweises vom behaupteten Vorzugsrechte hindert den Referenten nicht, dem Liquidatum seine Stelle anzuweisen; sondern er geht hier geradezu von der Behauptung des Liquidanten aus, weist aber der Forderung, deren Prioritätsrecht noch unerhärtert ist, ihren Platz bloß conditionatim in der Klasse an, wohin sie unbedingt zu setzen wäre, wenn jene Liquidität schon vorläge. Das Locationserkenntniß soll nämlich, so viel nur möglich, sofort definitiv ausfallen: daher werden in demselben häufig, unter der Bezeichnung des Bedingten, Beweise, als Bedingungen, geboten; z. B. Specialvotum:

«Dafs diese Forderung in die zweyte Klasse zu stellen sey, im Fall die Liquidantin, binnen 4 Wochen zerstörender Frist, ihr Vorgeben zu bescheinigen vermöchte, dafs sie die angesprochenen 10,000 Thlr. ihrem Ehemann, dem Cridarius, als Heirathsgut zugebracht habe.»

Ebenso kann bei schon versuchtem, jedoch unvollständig geführtem, Beweise, die Ausschwörung eines Notheides, oder auch ein besserer Beweis sonstiger Art, als conditio angehängt werden.

3) Wenn jedoch der Liquidant diejenigen Thatfachen, woraus sein angebliches Prioritätsrecht resultiren würde, nur so unvollkommen erzählt hat, dafs dieselben noch eines Zusatzes, oder einer Erläuterung, bedürfen: der Referent also das betreffende Liquidatum nicht einmal bedingt lociren kann; so muß zuvörderst noch auf Abhülfe dieses Mangels interloquirt werden; z. B. Specialvotum:

«Würde des Gemeinschuldners Eheweib *die Zeit*, wann sie die liquidirte Forderung ad 1000 Ducaten an ihren Ehemann erlangt habe, binnen 4 Wochen, noch näher angeben und bescheinigen, so ergethet dann, der Location dieser Forderung wegen, weitere Rechtsgebühr.»

4) Sollte aber der liquidirten Forderung eine Stelle angewiesen werden können, wohin sie auf den Fall gehört, wenn das behauptete grössere Vorzugsrecht nicht erhärtert werden sollte, (z. B. jenes Einbringen der Ehefrau ist als Dotalgut nicht vollkommen bescheinigt; dagegen wohl als Paraphernalguth zu betrachten) so kann Referent der Forderung den bereits gewissen Platz anweisen: dem Liquidanten aber dennoch den Beweis eines grössern Vorzugsrechts nachlassen; z. B.

«dafs diese Forderung in die zweite Klasse zu stellen sey: es könnte und wollte denn die Liquidantin binnen 4 Wochen besser als geschehen erhärten, dafs sie ihrem

«Ehemann jene Summe wirklich eingebracht habe; worauf ihr sodann der Platz in der zweiten Klasse anzuweisen wäre.»

5) Statt Dessen kann man aber auch der Forderung einen doppelten Platz anweisen, nämlich:

a) einen in der höhern Klasse, unter der Bedingung vom Beweise des Vorzugsrechtes; und

b) einen zweiten in derjenigen niederen Klasse, wohin das Liquidatum alsdann gehört, wenn der Beweis *unter a.* misslingen sollte. Dies wird im Locationsurtheil speciell bemerkt.

Martin §. 321.

6) Eine doppelte Location kann auch nöthig werden:

a) im Falle der Vindication (§. 118. Nr. 1.)

b) Im Falle die Specialhypothek zur Befriedigung des auf sie locirten Gläubigers nicht hinreicht: denn hier muß der Liquidant, mit dem Ueberreste seiner Forderung, nochmals da locirt werden, wo er, abgesehen von jenem Pfandrechte, sein creditum, als ein persönliches Recht, verlangen kann.

c) Im Falle derselbe Creditor verschiedenerlei Forderungen hat, welche in verschiedene Klassen gehören.

7) Bisweilen muß ein Creditor auch an die Stelle des Anderen gesetzt werden: namentlich wegen des ausgeübten *jus offerendi*.

8) Beim Referiren der einzelnen Liquidata, zum Behufe der Entscheidung: in welche Klassen sie gehören, braucht man noch nicht weiter in die specielle Priorität einzugehen, als nöthig ist, um nur die Klasse überhaupt zu finden. Daher bindet man sich, in diesem Abschnitte des Vortrags, noch an keine Reihenfolge, welche von der auszumittelnden Priorität hergenommen wäre; sondern der creditor chirographarius kann in der Relation dem Pfandgläubiger vorangehen. Jedoch kann es rathsam seyn, den Vortrag über die größten oder schwierigsten Liquidata vorzuschicken.

§. 119.

Ad C. des §. 116. Wenngleich im Abschnitte B., durch Specialvotum, festgesetzt worden ist, in welche Klasse jede einzelne Forderung gehöre, und ob sie mit einem Vorzugsrechte versehen sey, oder nicht, so können doch, hart neben einer solchen bevorzugten Specialforderung, auch noch andere Credita vorliegen, welche in die nämliche Klasse verwiesen sind, hier aber untereinander in Collision treten: so daß nun bloß in diesem geschlossenen Gebiete der eine Liquidant dem andern den

Vorrang abstreitet; z. B. es sind, im stadium der Relation *sub B.*, der X. und Y. in die Klasse 3. verwiesen; allein Y. behauptet, sein Pfandrecht sey älter als das von X. Hier handelt es sich nun also bloß um die Specialpriorität dieser beiden einzelnen Creditoren; und da ist es denn zweckmässig, auf den Abschnitt B. zurückzublicken, um das Verhältniß dieser bloßen Specialität des Rangstreites bemerklich zu machen.

Hierauf muß der Referent

a) den Grund angeben, weshalb Y. dem X. vorausgehen will, oder *ex officio* voranzustellen seyn möchte; sodann

b) die vorgebrachten, oder amtlich zu ergänzenden, Rechtsgründe vortragen;

c) und hierauf das Specialvotum ertheilen: ob der Eine dem Andern vorzusetzen sey. Am zweckmässigsten ist es hier, wenn der Referent die Klasse des vorigen Abschnitts *sub B.* kurz repetirt, und dann auf jene angegebene Weise verfährt; z. B. «aus dem Resultate des vorigen Abschnitts ergibt sich nun, daß

«A) in die erste Klasse gehören:

«1) Xaver mit 50 fl.

«2) Sebastian mit 33 fl. etc.

«B) In die zweite Klasse gehören:

«1) Franz etc.

«2) Johann etc.

«Nun aber behauptet der *sub B. 2.* genannte Liquidant: er sey, in dieser Klasse, dem Liquidanten *sub B. 1.* vorzusetzen, und vor ihm zu befriedigen, indem etc. (Gründe) Dagegen wird aber excipirt, daß etc. Ich bin nun der Meinung, daß der Liquidant *sub 2.* allerdings den Vorrang verdiene.»

cf. Martin Referirirkunst §. 29.

Claproth p. 261.

§. 120.

Auch im Concursprocesse können zufällige Nebenpunkte vorkommen: z. B. Strafe des Gemeinschuldners oder des Contradictors, und dergleichen. Solchen zufälligen Puncten hat man nun auch einen separaten Abschnitt zu widmen, und sie gleichsam als das Object eines besondern Vortrags zu behandeln.

Ein Hauptabschnitt der Relation ist aber demnächst das Collectivvotum, welches hier hauptsächlich in dem Entwurfe besteht, in welche Ordnung das Resultat aller obigen Specialentscheidungen zu stellen sey: um nun hiernach das sogenannte Locationserkenntniß (die Formula

decidendi), nach all dessen Bestandtheilen, zu bilden. Dieses Collectivvotum verbreitet sich nicht bloß über die Rangordnung der Creditoren, sondern auch über die Streitfragen *sub A.*; und am Schlusse erscheinen die hier in §. 120. erwähnten Nebenpunkte.

§. 121.

Im Falle *von III. des §. 114.* Wenn auch das Locationserkenntniß sich bei den Acten findet, so kann doch etwa noch referirt werden müssen über diejenigen Punkte, derenthalb in dieser Sentenz etwas auferlegt, oder interloquirt wurde: z. B. es sind dort Beweisthemata vorgeschrieben worden, in Beziehung auf welche nun abzuurtheilen ist: ob sie erhärtet worden seyen oder nicht; es sind Rechtsmittel wider das Ganturtheil interponirt worden; es sind verspätete Forderungen nachgetragen worden, etwa mit dem Gesuche, um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; oder es wird über eine Maasregel zum Behufe der Vergrößerung der Activmasse gestritten; etc. Hier muß der Referent, zum Behufe des Vortrags über einen jeden solchen Specialpunkt, aus den Acten hervorheben, was zu dessen Einleitung, Ueberblick und Entscheidung, dient; und ein jeder bildet gleichsam das Object einer besondern Relation, die unter den allgemeinen Regeln steht. Man pflegt diese Punkte, scherzweise, die Nachwehen zu nennen.

§. 122.

Wenn auch über die Punkte des vorigen §. rechtskräftig erkannt, und Alles so festgesetzt, ist, daß nur noch die Execution übrig bleibt, d. h. die Befriedigung der Liquidanten, gemäß dieser Sentenz, so muß der Referent

- a) die GröÙe der Masse erwägen, und dann,
 - b) wie weit die Creditoren, zufolge ihrer Rangordnung, befriediget werden können. Diese Berechnung führt den Namen Distributionsbescheid. Auch dessen bevorstehende Ertheilung kann nun eine besondere Relation veranlassen; obgleich hier juristisch nichts mehr zu entscheiden ist, sondern nur eine mathematische Arbeit gefertigt werden muß. Bloß dann kann auch Stoff zu einem wahrhaften Rechtsvoto eintreten, wenn die Streitfrage entsteht: ob bereits schon jetzt zur Austheilung der Masse geschritten werden dürfe; oder wann über die Distributionsform selber Streitigkeiten erwachsen. In jedem Falle treten dann natürlich die allgemeinen Regeln ein.
-

Bey dem Verleger dieses Werks sind folgende wichtige Werke erschienen, und in allen soliden Buchhandlungen zu haben:

Dr. J. C. Gensler's, weil. Geheimer-Justizrath und ordentlichen öffentlichen Lehrers der Rechte zu Heidelberg, *Anleitung zur gerichtlichen Praxis* in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, verbunden mit theoretischen Darstellungen und Bemerkungen. Erster allgemeiner Theil, 1821. 8. Ladenpr. fl. 5 — Rthlr. 3. 8 gl.

Auch ohne besondere Anpreisung dieses für die Justizpflege in allen teutschen Ländern berechneten Werkes, wird man voraussetzen, daß der Verfasser des Handbuchs zu Martins Lehrbuch des bürgerlichen Processes und Mitherausgeber des Archivs für die civilistische Praxis, auch in obiger Anleitung u. s. w. als Proceßkundiger sich auszeichne. Die Reichhaltigkeit des Werkes, welches sich auch über die Redekunst, so wie über Decretir- und Referir-Kunde verbreitet, kann man schon aus der vorgedruckten Inhalts-Anzeige entnehmen, die Ausführung der einzelnen Lehren aber wird das Urtheil begründen, daß das Ganze der Wissenschaft angehört, und eben so wohl dem mit der Zeitcultur fortschreitenden Richter nützlich werden kann, als dem Rechtsbeistand und dem Actuar. Selbst für neue Gesetzgebungen in dem Gebiet des gerichtlichen Verfahrens, enthält das Werk wissenschaftliche Andeutungen.

Rechtsfälle für die Proceß-Praxis. Nebst Inhalts-Register. Von J. C. Gensler, weil. Hofrath und Professor der praktischen Rechtswissenschaft zu Heidelberg. 4 fl. 24 kr. — Rthlr. 2. 22 gr.

Durch dieses Buch wird einem Bedürfnis abgeholfen, in dessen zeitherigem Mangel man den Grund suchen darf, worauf auf so wenigen Universitäten die juristisch-praktischen Collegien das sind, was sie seyn können und sollen. Die in ihm enthaltenen 152 Rechtsfälle geben die Grundlage zu vielen hundert praktischen Ausarbeitungen, ersparen dem Lehrer das lästige, nur zeitverderbende, Dictiren, und machen zugleich die Entwicklung des Straf- und Civil-Processes, insonderheit auch des Concurs-Processes, so anschaulich, daß sich der Lehrer auch bei dem Vortrag der Theorie sehr nützlich darauf beziehen kann, der Zögling aber schnell mit dem Geiste gut geführter Acten vertraut wird. Nur die Lage des Verfassers, als vieljähriger Beysitzer ausgezeichnet thätiger Spruchcollegien, machte es möglich, so verschiedenartige, allen Proceßhandlungen angehörige, aus dem praktischen Leben gehobene, stoffreiche und zweckliche Rechtsfälle neben einander zu stellen. Sein Name bürgt übrigens für eine wissenschaftliche geistweckende Darstellung.

Charakteristik der Felsarten von K. C. v. Leonhard, Geheimenrathe und Professor an der Universität zu Heidelberg. Für akademische Vorlesungen und zum Selbststudium. Mit dem Bildnisse des Verfassers. 3 Bände. Groß 8. fl. 12 — Rthlr. 8.

Eine, dem jetzigen Standpunkte der wissenschaftlichen Geognosie entsprechende, Zusammenstellung aller Thatsachen,

Beziehung habend auf die Charakteristik sämmtlicher Felsarten, war Bedürfniß der Zeit, und wird deshalb dem mineralogischen Publicum nicht unwillkommen seyn. Die ausgezeichnet reiche und umfassende Gebirgsarten-Sammlung des Verfassers, bot ihm Gelegenheit, den bestehenden Erfahrungen eine Vielzahl neuer eigenthümlicher Beobachtungen anzureihen. Er wählte, aus Ursachen, die ihres Ortes genauer entwickelt worden, als Grundlage des Systems der Felsarten, nicht die relative Altersfolge derselben, sondern folgte einer Methode, entnommen aus den Verhältnissen des Bestandes und der Struktur, einem jeden Gestein eigenthümlich. Auf diese Weise ist das Handbuch als Leitfaden akademischer und anderer Vorlesungen brauchbar, der Lehrer mag dieser oder jener Schule angehören, und dabey ist dem Anfänger ein mehr leichter und sicherer Weg geboten, um sich Aufklärung zu verschaffen über irgend ein zweifelhaftes oder unbekanntes Gestein.

Es hat dieses Werk, welches dem Oryktognosten und Geognosten, wie dem Forstmann und dem denkenden Landwirth gleich nützlich ist (beyden letztern besonders auch wegen der mit sachgemäßer Ausführlichkeit abgehandelten Rubriken: Zersetzungen der Felsarten und äusserliche Gestalt-Verhältnisse ihrer Berge), durchaus dieselbe Einrichtung erhalten, wie des *Verfassers Handbuch der Oryktognosie*, zu welchem es mehr als Seitenstück abgibt, indem beyde bestimmt sind, einander gegenseitig zu ergänzen.

Naturgeschichte des Mineralreiches. Ein Lehrbuch für öffentliche Vorträge, besonders in Gymnasien und Realschulen, so wie zum Selbststudium bearbeitet von K. C. Ritter v. Leonhard, Geheimenrathe und Prof. an der Universität zu Heidelberg. Mit einer schwarzen und illuminirten Kupfertafel, als unentgeldliche Beylage. Groß Med. Preis 3 fl. 15 kr. oder 2 Thlr. 4 gr.

Das Studium der Mineralogie hat, und mit vollgültigem Rechte, im Vergleich zur frühern Zeit, eine hohe Bedeutung erlangt; denn die Wissenschaft steht, aus dem Gesichtspunkte materieller Nützlichkeit betrachtet, zu so manchen Lebens-Verhältnissen, und zu allen Zweigen des Kunst- und Gewerb-fleißes, in engster Beziehung. Landwirthe und Forstleute, Architekten und Hydrauliker, Aerzte und Apotheker, Juwelirer und Unternehmer von Fabriken, Kaufleute und Materialisten, Künstler und Handwerker vermögen den vielartigsten Nutzen aus erlangten mineralogischen Kenntnissen zu schöpfen, während diese für den Bergmann unerläßliches Bedürfniß, und für jeden Gebildeten eine Quelle mannichfacher Belehrung sind. Das obige Lehrbuch eignet sich, in jeder Beziehung, für die Zwecke, zu welchen dasselbe bestimmt ist; auch werden reisende Mineralogen und Freunde der Natur im Allgemeinen dasselbe als ein sehr nützliches Taschenbuch auf ihren Wanderungen bey sich führen.

Reise von Moskau nach Wien, über Kiow, Odessa, Constantinopel, einen Theil des schwarzen Meeres, bis Varna, Silistria etc. etc. In Briefen an Julius Griffiths, vom Grafen de la Garde. Aus dem Französ. mit Anmerk. von Therese Huber. fl. 3. — Thlr. 2.

arten,
chen
liche
bot
zahl
lte,
als
rs-
aus
den
als
ar,
bey
en,
tes

o-
he
er
-
e
s
r
r



Gensler, Johann Caspar,

Anleitung zur gerichtlichen Praxis in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten
verbunden mit theoretischen Darstellungen und Bemerkungen

Bd.: 2. specieller Theil

Heidelberg (1825)

Bamberg, Staatsbibliothek -- J.c.o.284#2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11703449-7